LVDOVICI CHARONDÆ IC. ET IN SVPREMO FRANCORVM SENATV ADVOCATI, Πιθανῶν, ſeu veriſimilium libri tres:

In quibus multa juris civilis loca doctè explicantur: atq; nonnullorum, quæ invicem diſſidere videbantur, erudita traditur conciliatio.

CVM INDICE.



BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

DOM. SOC. IESV. BIBL.

VVITEBERGAE

Excudebat Laurentius Seuberlich, impenſis Samuel Seelfiſch, 1601.

Digitized by Google

Digitized by Google

CLARISSIMO SAPIENTISSIMOQVE SENATORI ET QVÆSTIONUM in ſuprema Francorum curia præſidi Iacobo Lignerio

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

LVDO. CHARONDAS S D.

SI poteſtatem agros fertiles, qui multa plus afferunt, quam acceperunt, imitari (clariß. Senator) infinita in me tua beneficia maiore menſura reddere conarer. Sed tanta eſt tuarum facultatum magnitudo, tui ingenii excellentia, tuæ dignitatis ſplendor, ut mea inopia, imbecillitas, meique nominis obſcuritas, largiri, excogitare, publicare quicquam nequeat, quod parem illis tuis beneficiis gratiam referat. Quamvis enim eruditione, iudicio, authoritate, virtute & perfecta ſolidaque gloria inter excellentiſſimos ordinis ſenatorii præſides reluceas: mihi tamen indigno certe, tantaque beneficentia tamque familiari benignitate gratificatus es atque profuiſti, ut me tibi obnoxium, ſemperque addictum profitear. Primum enim virtutis, quæ me tibi ſola obſtrinxerat, vinculum firmum adeo & arctum erat, ut nihil mihi antiquius, nihilque optabilius eſſet quam te unum colere, ſuſpicere & admirari. Nihil eſt ſiquidem

quidem (ut præclare ſcribit Cic.) amabilius virtute, nihil quod magis alliciat homines ad diligendum: quippe cum propter virtutem & probitatem eos etiã quos nunquam vidimus, vel quibus cum loquuti non ſumus, quodammodo diligamus. Hoc autem arctius vinculum, quod me tibi officiorũ provocatione ligat, tantum eſſe iudico ut ſi tua ſplendidior clariorque dignitas reddi ſibi beneficium vellet: tibi nullo unquam modo ſatisfacere poſſem, ingratusq; perpetuo haberer. Illius verò firma ſempiternaq; memoria menti meæ ſemper inhærebit, certã meæ erga te obſervãtiæ ſignificationem edens: cuius erit pignus hoc leve munuſculum, quod tibi dicatum æquo ac libenti animo accipies. Vale ex ædibus paternis Lutetiæ Pariſiorum. 1 5 5 3.

AD

AD EVNDEM ILLVSTRISSIMVM PRVDENTISSIMVMQ; PRAESIDEM Iacobum Lignerium.

Ejuſdem Charondæ de reſtituenda & in artem redigenda juriſprudentia,

PRAEFATIO.

MIrari ſatis non poſſum (illuſtriſsime præſes) quî factum ſit, ut juris ſcientia, quæ legitima dicitur, nulla artis lege & ratione tradi potuerit: cum ejus finis ſit, humanam ſocietatem continere, & tranquillam vitæ communitatem ſervare; aliæ verò artes in naturæ obſcuritate, in diſſerendi ſubtilitate, vel in dicendi facultate verſentur: in quibus infinitæ ſunt hominum otioſorum indagationes, quæ nihil aut parum humanis neceſsitatibus adjumenti adferunt: ut non ineleganter divinus ille Plato, eam veram eſſe philoſophiam dixerit, quæ in hominum vita & moribus tota eſt. Mihi au-

tem cogitanti & aliarum artium originem ac progreſſum memoria repetenti, viſum eſt non diverſam eſſe hujus ſcientiæ in artem redigendæ rationem ab ea quam primi eloquentiæ cæterarumque doctrinarum artifices excogitarunt. Quamvis enim nullus jurisprudentiam arte concludere conatus ſit, & quæ in juris authorum libris diſperſa diſſectaque leguntur, artificioſa quadam via colligere: aut ſi fortè tentaverit, nullam utilitatem, levem gloriam, ſolum denique audacis, inepti, & ignari hominis nomen conſequutus ſit: tamen ſi quis juris fontes ſcrutari, ex iiſque veram non affectatam ſcientiam haurire voluerit, hominum minimè prudentum inſcitiam imbecillitatemque potius, quàm certam atque ſibi perpetuo conſentientem legis rationem accuſabit. Multi namque errores, opinionumque perverſitates, mentis (ut ita dicam) perſtringunt oculos. Omnis autem juris atque legis fons ipſa eſt natura. Et cùm multa ſint in aliis artibus & gravia & utilia accu-

Digitized by Google

ratè copioſeque à doctiſsimis viris diſputata: latius patere videntur ea quæ de legibus tradita à jureconſultis & præcepta ſunt. Nulla enim vitæ pars neque publicis, neque privatis, neque forenſibus, neque domeſticis in rebus, neque ſi tecum agas quid, neq; ſi cum altero contrahas, lege vacare poteſt: in eaque colenda ſita vitæ eſt honeſtas omnis & in negligenda turpitudo. Nam (ut magnus ille philoſophus & orator M. Tullius Cicero ſcribit *lib. 1. de legib.*) ſi quomodo natura, ſic judicio homines, humani, ut ait poeta, nihil à ſe alienum putarent, coleretur jus æquè ab omnibus. Quibus enim ratio à natura data eſt, iiſdem & recta ratio data eſt. ergo & lex, quæ eſt recta ratio in jubendo & vetando. ſi lex, jus quoque. at omnibus ratio, jus igitur datum eſt omnibus. Et certè ſi quis hujus ſcientię ortum ac progreſſum ab omni antiquitate repetere voluerit: eam non inventam neque excogitatam, ſed cum ipſa natura natam, & omnium hominũ mentibus inſitam exiſtimabit. Nam ſil-

veſtres & inculti homines, inventis ſta-
tim verbis, quibus voces mentiſq; ſen-
ſa notarent ac exprimerent, ut tandem
propter glandem atque ſedes, ferarum
more pugnare deſinerent, leges quaſ-
dam inter ſe tulerunt, quibus ad poli-
tiorem civilioremque vitam ſeſe con-
verterunt, oppida munire cœperunt,
publica à privatis diſtinguere, negotia-
ri, & permutare. Unde per omnes po-
pulos peragravit juſtitia, & ſuos ignicu-
los cujuſq; animo ingeneravit: ut nul-
la ſit tam barbara gens, nulla tam fera
natio, quæ non habeat inſtituta ſua ali-
qua, ad quorum obſervationem non
mediocriter inflammetur. Quin etiam
leges latronum eſſe dicuntur, quibus
pareant, quas obſervent. Quod quidem
facere nequirent, ſi nullus juris ſtimu-
lus eos excitaret. Hæc igitur ſcientia o-
riginem habet à natura: deinde doctri-
na confirmata eſt. Inventi enim ſunt
prudentes, qui infirmam adhuc & im-
becillem juris peritiā, utilibus ſuis ſan-
ctionibus, legibus, placitis, edictis, opi-
nionibus, ſententiis, reſponſis auxerūt.
Sic

Sic autem quiſque eam tractabat, ut hanc illius tantum partem explicaret, quam ad ejus civitatis, cujus gubernacula ſuſceperat, adminiſtrationem pertinere exiſtimabat, aut de qua conſulebatur, aut ingenio ſuo adſequi, vel memoria comprehendere poterat. Nullus autem erat, qui certam artificioſe doctrinam ſcriberet, vel totum jus cõplecteretur: niſi quis Ciceronem & C. Iulium Cæſarem idipſum tentaſſe dicat, aut veterum Iuriſconſultorum inſtitutiones, digeſta, pandectas, & maximè edicti prætorii factam à Iuliano cõpoſitionem, cæteroſque illius generis libros totum jus comprehendiſſe ſentiat: eoſque magis exoptet quàm hæc abſciſſa & mutila veteris juris prudẽtiæ fragmenta, quæ ſic á Triboniano diſpoſita ſunt, ut nullus ſit, qui non ea legens, integrorum voluminum jacturam graviter moleſteq; ferat. Nõ eſt tamen privandus ſua laude Tribonianus. Nam cũ infiniti eſſent & verboſi commentarii, in quibus eædem ſæpius juris ſententiæ repeterentur, & contrariæ multæ lege-

rentur: non temerè ac inutiliter omnia prudentum ſcripta in unam reducere conſonantiam tentavit: ſed ea quoque nobis relinquere debuit, ut ſi tanquam leges obtinere nõ poſſent, ad interpretationem certè valerent. Nec enim tot tantoſq; labores in ſuis oſtentandis lectionibus, quas apparatus appellant, interpretes ſuſcepiſſent: faciliuſq; ex integris I.C. libris hanc artem colligere fuiſſet. Nec enim ullus illorum eam diſertè tractavit, ut nec etiam recentiores noſtri juris profeſſores: quorum ſentẽtias hoc loco referre non ſtatui, ſed meam duntaxat breviter explicare. Itaque ex præceptionũ obſervationibus ſic cõflari & cõponi artem poſſe arbitror, ut doctrina qua de agitur, primùm definiatur, tum in ſuas formas aut partes diſtribuatur. Sed in dividendo tota difficultas verſatur: eas enim ſpecies conſtituere oportet, quæ propriam ipſius doctrinæ naturam explicent. Ita ego cum juriſprudentiã artem eſſe de jure reſpõdendi dixiſſem: reſpõſorumq; appellatione, prudentum ſententias, opiniones,

Digitized by Google

nes, interpretationes, conſulta, cautiones omnia deniq; placita cũ Cicerone, Pomponio, Iuſtiniano, aliiſq; probatis authorib. interpretatus eſſem: tum duas in partes hãc doctrinã diſtribui, in juris vim & reſpõſum. his enim tota juriſprudentiæ natura exprimitur: ne quidquã de juriſprudentia dici poteſt, quod ad hæc duo capita referri non poſsit. Vis autẽ juris (ut Hermogeniano placuit) in acquirendo, in conſervando, aut in minuendo verſatur. Sed & dominia & obligationes aut acquiruntur, aut conſervantur, aut amittuntur. Atq; hæc ad perſonas, res & actiones pertinent. Ad eas enim omnis acquiſitio, conſervatio, aut amiſſo reſpicit. Eſt namque jus aliquod perſonarum: cum earum ſint dominia & obligationes. Sunt enim rerum dominia & obligationes. Omnium autem effectus in actione conſiſtit. Actionis verò appellationem latiſsimè patere exiſtimo: ut ea quicquid agitur, quod ad dominia, vel obligationes acquirendas, conſervandas vel alienandas pertineat, comprehẽdatur: ideo-

rentur: non temerè ac inutiliter omnia prudentum ſcripta in unam reducere conſonantiam tentavit: ſed ea quoque nobis relinquere debuit, ut ſi tanquam leges obtinere nō poſſent, ad interpretationem certè valerent. Nec enim tot tantoſq; labores in ſuis oſtentandis lectionibus, quas apparatus appellant, interpretes ſuſcepiſſent: faciliuſq; ex integris I.C. libris hanc artem colligere fuiſſet. Nec enim ullus illorum eam diſertè tractavit, ut nec etiam recentiores noſtri juris profeſſores: quorum ſentētias hoc loco referre non ſtatui, ſed meam duntaxat breviter explicare. Itaque ex præceptionū obſervationibus ſic cōflari & cōponi artem poſſe arbitror, ut doctrina qua de agitur, primùm definiatur, tum in ſuas formas aut partes diſtribuatur. Sed in dividendo tota difficultas verſatur: eas enim ſpecies conſtituere oportet, quæ propriam ipſius doctrinæ naturam explicent. Ita ego cum juriſprudentiā artem eſſe de jure reſpōdendi dixiſſem: reſpōſorumq; appellatione, prudentum ſententias, opinio-

nes,

nes, interpretationes, conſulta, cautiones omnia deniq; placita cũ Cicerone, Pomponio, Iuſtiniano, aliiſq; probatis authorib. interpretatus eſſem: tum duas in partes hãc doctrinã diſtribui, in juris vim & reſpõſum. his enim tota juriſprudentiæ natura exprimitur: ne quidquã de juriſprudentia dici poteſt, quod ad hæc duo capita referri non poſsit. Vis autẽ juris (ut Hermogeniano placuit) in acquirendo, in conſervando, aut in minuendo verſatur. Sed & dominia & obligationes aut acquiruntur, aut conſervantur, aut amittuntur. Atq; hæc ad perſonas, res & actiones pertinent. Ad eas enim omnis acquiſitio, conſervatio, aut amiſſo reſpicit. Eſt namque jus aliquod perſonarum: cum earum ſint dominia & obligationes. Sunt enim rerum dominia & obligationes. Omnium autem effectus in actione conſiſtit. Actionis verò appellationem latiſsimè patere exiſtimo: ut ea quicquid agitur, quod ad dominia, vel obligationes acquirendas, conſervandas vel alienandas pertineat, comprehẽdatur: ideo-

Digitized by Google

ideoq́; etiam interdicta & criminalia judicia. Preterea de reſpõſis tradidimus præcepta: nec enim de omni queſtione conſultus reſpõdet. Hæc noſtra fuit inventio, quam duobus libris, quos juriſprudentię nomine inſcripſimus, cõplexi ſumus: & ita hanc artem tractare voluimus, ut nihil à nobis diceretur, quod non in juris authorum libris inveniretur: eãdemq́; noſtra lingua ſcribere inſtituimus, ſed hanc ornatiorẽ edemus: atq; tuæ clariſsimæ, honeſtiſsimæ, pudiciſsimæ, omniumq́; diſciplinarum ingenuis beneq́; natis fœminis dignarũ per itia excellentiſsimæ filiæ (ſi tibi placeat) dicabimus. Nam præter Latinorũ Græcorumq; juriſconſultorum ſententias, noſtrorũ regum atq; ſenatus conſtitutiones, placita & cõſulta adjiciemus. Et illa quidem ratione totam juriſprudentiæ artem tractari poſſe conſtat, quam ſcholaſticis interpretibus in mentem veniſſe optarem. Illi enim non veram, ſed ſimulatã philoſophiam affectantes, ſuis potius commentis inſervire, & incognita pro cognitis habere, ipſiſq́; te-

Digitized by Google

merè aſſentiri voluerũt, quàm id quod ab ipſis jurecõſultis naturalem æquitatem ut optimam ducem ſequentibus ſcriptum erat, approbare. Ex quo homines imperiti novam (proh dolor) juris, vel potius iniquitatis artem confinxerunt. Quos enim ex recẽtioribus interpretibus pleriq; imitantur, & tamen impudenter ſibi juriſconſulti nomen tribuũt & arrogant. Sed hos modeſtius ferendos eſſe arbitror. Nam cùm hoc tẽpore ſoli æſtimentur, ſoli prudentes habeantur, ſoli ſapere videantur illi, qui multis opib. *fortuniſq́;* ſuperbi, omnes in ſui admirationem trahere conantur, qui ad ſummos honores pervenerunt, qui ſuam oſtentare, ſplendidiſq́; & arrogantibus verbis jactare ſcientiã, ut multitudini placeãt, poſſunt: excuſandi quidem ſunt illi, qui tempori & loco ſerviunt. id enim ſapientis (ut inquit Cicero) ſemper eſt habitum. De iis autem non loquor qui verè jurecõſulti ſunt, & qui ſepultã ac penè extinctã juriſprudentiã erigere, ac ſuæ integritati reſtituere & poſſunt & volunt; quales multos Bitu-

rigum

rigum academia alere ſolet, & veſter quoq; ſenatus. Multos enim ſcio veteribus Romanis ſenatoribus comparandos, vel etiam præferendos, & inter cæteros Andream Tiraquellum, Michaelem Hoſpitalium, Ioannem Odoardum & Antonium Sennetonium, præclara veſtri ordinis ornamenta: quibus cum ſi cæteri eruditione, judicio & morum gravitate contenderent, perfectior, nobilior, excellentiorq́; ſenatus ab orbe condito nullus inveniretur. Prætermiſeràm doctiſsimum illum, omnibuſq́ue gratiſsimū Ludovicum Mommirelliū: cui tãquam alteri patri ſtrictiſsimè addictus ſum. Sed (ut ad me revertar) in jurisprudentia ea arte componēda elaborans, in multas incidi quæſtiones, quas cõtinuum noſtri tractatus progreſſum interrumpere poſſe cognovi. Ideoq́ue earū pleraſq; ſic collegi, ut quæ in interpretatione magis verſarentur, ſcholiis illuſtrarē: quæ verò longiorem diſputationē cõſultationemq́; requirerēt, ſub quæſtionum titulo emitterem. Illius autem generis adnotationum libros octo

ſcripſi,

ſcripſi, quos Labeonem jureconſultum ſequutus Πιθανῶν, ſeu veriſimilium titulo inſcripſi. In tanta enim opinionum confuſione, & quadam velut perturbatione, ſi quid dicatur quod veritatis ſpeciem præ ſe ferat, probandum eſt. Neque ego ita meis ſcriptis blandior, ut iis tantum authoritatis tribuendum exiſtimem, atque veſtris placitis conſultiſq;, quæ tanquam firma certaque oracula ὡς ἐκ τρίποδος eduntur. Has verò noſtras exercitationes rejicient fortè doctores ſcholaſtici, quòd meas inventiones ſplendidis & apparentibus titulis eorũ more non oſtentem nec extollam. Futiles enim iſti indoctiq; homines, ſi nũc hallucinari Bartolum, nunc ſe novas opiniones tradere dicant: nihil ſibi deeſſe putant ad magnum I.C. nomen adſequendũ, ut Cæcilius, ſi ex vetere aliqua oratione Iovẽ Optimũ Maximum, aut quid ſimile didiciſſet, perfectus ſibi orator videbatur. Fateor equidem nullas contra juris authorũ ſententiã opiniones, ideoq; nec novas, nec ipſis inauditas effinxiſſe, ſed veras & antiquas, noſtris

ſtris quidem interpretibus nō ſatis cognitas reſtituiſſe: quas ſi quis ideo novas appellare velit, quòd ipſius Labeonis exemplo, in iis quæ mihi tradita fuerunt, perſeverare nequeam: ei facilè cōcedam me plurima innovaſſe, nec ex gloſsis, ſed ex noſtris jurecōſultis, quicquid id eſt quod ſtudioſe collegi, didiciſſe. Quamobrem cùm te unū rex noſter elegerit, ut nobiliſsimo Senatorū cœtui præeſſes: & te gravibus multis quæſtionibus extra ordinem decretis præfecerit, cui potius quàm tibi prudentiſsimo Cenſori hæc mea ſcripta offeram, nullum invenire nec poſſum, nec cupio. Verùm meis laboribus & vigiliis majus reportaſſe pręmium me exiſtimabo, ſi tibi magnis, publiciſque occupationibus per otium relaxato ea legere placuerit.

ΠΕΙΘΑΝΩΝ SEV VERISIMILIVM,

LIBER PRIMVS.

De iure naturali, gentium & ciuili, ad titulum primum Pandectarum.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

CAP. PRIMVM.

Ad I. Cap.

IVri operam daturum prius noſſe oportet, vnde iuris nomen deſcendat. Vt enim primùm philoſophi, qui in naturæ obſcuritate verſantur, ex quibus principijs vnaquæque res proficiſcatur, indagant: ita neceſſe eſt eum qui ad iuris peritiam omne ſuum ſtudium, omnem operam & induſtriam conferre velit, principiò iuris fontes ſcrutari. Eſt autem ius à iuſtitia appellatum: atque ex iuſtitiæ fontibus manat; vt falſum

Digitized by Google

eſſe apud Ciceronem Scipio contēdat, *refert Aur. Auguſt. lib.* 19. *de ciuitate dei ca.* 21, quod à quibuſdam non rectè ſentientibus dici ſolet, id ius eſſe, quod ei qui plus poteſt, utile eſt. Et hæc quidem Vlpiani verba ad regulas Grammaticorum exigenda non ſunt: nec enim is notationem & Verbi etymologiam explicat, vt otioſa videatur diſputatio, an iure prior ſit iuſtitia: nec vtilior ea quæ de ouo & gallina apud Cenſorinum tractatur. Et certè neminem philoſophorum, qui rectè de moribus ſcripſerit, eſſe ſcio, qui non ius à iuſtitia manare, eamque in omnibus iuris partibus obſeruari debere ſenſerit. Hæc enim continet & amplectitur quicquid ad humanam ſocietatem & vitæ quaſi communitatem pertinet: *Ariſt. lib.* 5. *Ethic.* Ea ſuum cuique tribui docet: atque vt patriæ & parentibus pareamus, vt fidem in pactis, tranſactionibus, ſtipulationibus, commodato, depoſito, & in omnibus omninò contractibus ſeruemus, iubet.

Ad

Digitized by Google

2 Ad † verſ. Ius eſt ars.

ARtem pro præceptorum collectione philoſophi accipiunt: quorum rationem ſequutos eſſe prudentes non exiſtimo: cùm de iure conſulti nulla traderent præcepta, ex quibus artificioſè ars componeretur: bonum tamen & & æquum profiterentur. Quamuis non ignorem ex libris iuriſconſultorum artem ipſam colligi poſſe, non minus quã bene dicendi artem ex oratorum libris collegerunt veteres, & nos ex geometricis elementis aliisq́; Mathematicorum libris eam ſcientiam, quæ in magnitudinum dimenſione conſiſtit, in artem redigere ſtudemus. Et ipſum quidẽ ius, illud eſt circa quod ars verſatur: vt iuriſprudentia, doctrina vel ars dici potius videatur: quæ licet cum philoſophia commune id habeat, vt ipſa diuinarum & humanarũ rerum notitiã profiteatur & ſuſcipiat, definiri tamẽ poteſt doctrina bene & ad factum appoſitè, de iure reſpondẽdi. In qua artificioſè colligenda elaborãt omnes: nullus promo-

Digitized by Google

eſſe apud Ciceronem Scipio contēdat, *refert Aur. Auguſt. lib. 19. de ciuitate dei ca. 21.* quod à quibuſdam non rectè ſentientibus dici ſolet, id ius eſſe, quod ei qui plus poteſt, utile eſt. Et hæc quidem Vlpiani verba ad regulas Grammaticorum exigenda non ſunt: nec enim is notationem & Verbi etymologiam explicat, vt otioſa videatur diſputatio, an iure prior ſit iuſtitia: nec vtilior ea quæ de ouo & gallina apud Cenſorinum tractatur. Et certè neminem philoſophorum, qui rectè de moribus ſcripſerit, eſſe ſcio, qui non ius à iuſtitia manare, eamque in omnibus iuris partibus obſeruari debere ſenſerit. Hæc enim continet & amplectitur quicquid ad humanam ſocietatem & vitæ quaſi communitatem pertinet: *Ariſt. lib. 5. Ethic.* Ea ſuum cuique tribui docet: atque vt patriæ & parentibus pareamus, vt fidem in pactis, tranſactionibus, ſtipulationibus, commodato, depoſito, & in omnibus omninò contractibus ſeruemus, iubet.

Ad

Digitized by Google

2 *Ad † verſ. Ius eſt ars.*

ARtem pro præçeptorum collectione philoſophi accipiunt: quorum rationem ſequutos eſſe prudentes non exiſtimo: cùm de iure conſulti nulla traderent præcepta, ex quibus artificioſè ars componeretur: bonum tamen & & æquum profiterentur. Quamuis non ignorem ex libris iuriſconſultorum artem ipſam colligi poſſe, non minus quã bene dicendi artem ex oratorum libris collegerunt veteres, & nos ex geometricis elementis alijsq; Mathematicorum libris eam ſcientiam, quæ in magnitudinum dimenſione conſiſtit, in artem redigere ſtudemus. Et ipſum quidẽ ius, illud eſt circa quod ars verſatur: vt iuriſprudentia, doctrina vel ars dici potius videatur; quæ licet cum philoſophia commune id habeat, vt ipſa diuinarum & humanarũ rerum notitiã profiteatur & ſuſcipiat, definiri tamẽ poteſt doctrina bene & ad factum appoſitè, de iure reſpondẽdi. In qua artificioſè colligenda elaborãt omnes: nullus promo-

eſſe apud Ciceronem Scipio contēdat, *refert Aur. Auguſt. lib.* 19. *de ciuitate dei ca.* 21. quod à quibuſdam non rectè ſentientibus dici ſolet, id ius eſſe, quod ei qui plus poteſt, utile eſt. Et hæc quidem Vlpiani verba ad regulas Grammaticorum exigenda non ſunt: nec enim is notationem & Verbi etymologiam explicat, vt otioſa videatur diſputatio, an iure prior ſit iuſtitia: nec vtilior ea quæ de ouo & gallina apud Cenſorinum tractatur. Et certè neminem philoſophorum, qui rectè de moribus ſcripſerit, eſſe ſcio, qui non ius à iuſtitia manare, eamque in omnibus iuris partibus obſeruari debere ſenſerit. Hæc enim continet & amplectitur quicquid ad humanam ſocietatem & vitæ quaſi communitatem pertinet: *Ariſt. lib.* 5. *Ethic.* Ea ſuum cuique tribui docet: atque vt patriæ & parentibus pareamus, vt fidem in pactis, tranſactionibus, ſtipulationibus, commodato, depoſito, & in omnibus omninò contractibus ſeruemus, iubet.

Ad

2 *Ad † verſ. Ius eſt ars.*

ARtem pro præceptorum collectione philoſophi accipiunt: quorum rationem ſequutos eſſe prudentes non exiſtimo: cùm de iure conſulti nulla traderent præcepta, ex quibus artificioſè ars componeretur: bonum tamen & & æquum profiterentur. Quamuis non ignorem ex libris iuriſconſultorum artem ipſam colligi poſſe, non minus quã bene dicendi artem ex oratorum libris collegerunt veteres, & nos ex geometricis elementis alijsq; Mathematicorum libris eam ſcientiam, quæ in magnitudinum dimenſione conſiſtit, in artem redigere ſtudemus. Et ipſum quidẽ ius, illud eſt circa quod ars verſatur: vt iuriſprudentia, doctrina vel ars dici potius videatur: quæ licet cum philoſophia commune id habeat, vt ipſa diuinarum & humanarũ rerum notitiã profiteatur & ſuſcipiat, definiri tamẽ poteſt doctrina bene & ad factum appoſitè, de iure reſpondẽdi. In qua artificioſè colligenda elaborãt omnes: nullus promo-

Digitized by Google

eſſe apud Ciceronem Scipio contēdat, *refert Aur. Auguſt. lib.* 19. *de ciuitate dei ca.* 21. quod à quibuſdam non rectè ſentientibus dici ſolet, id ius eſſe, quod ei qui plus poteſt, utile eſt. Et hæc quidem Vlpiani verba ad regulas Grammaticorum exigenda non ſunt: nec enim is notationem & Verbi etymologiam explicat, vt otioſa videatur diſputatio, an iure prior ſit iuſtitia: nec vtilior ea quæ de ouo & gallina apud Cenſorinum tractatur. Et certè neminem philoſophorum, qui rectè de moribus ſcripſerit, eſſe ſcio, qui non ius à iuſtitia manare, eamque in omnibus iuris partibus obſeruari debere ſenſerit. Hæc enim continet & amplectitur quicquid ad humanam ſocietatem & vitæ quaſi communitatem pertinet: *Ariſt. lib.* 5. *Ethic.* Ea ſuum cuique tribui docet: atque vt patriæ & parentibus pareamus, vt fidem in pactis, tranſactionibus, ſtipulationibus, commodato, depoſito, & in omnibus omninò contractibus ſeruemus, iubet.

2 *Ad † verſ. Ius eſt ars.*

ARtem pro præceptorum collectione philoſophi accipiunt: quorum rationem ſequutos eſſe prudentes non exiſtimo: cùm de iure conſulti nulla traderent præcepta, ex quibus artificioſè ars componeretur: bonum tamen & & æquum profiterentur. Quamuis non ignorem ex libris iuriſconſultorum artem ipſam colligi poſſe, non minus quã bene dicendi artem ex oratorum libris collegerunt veteres, & nos ex geometricis elementis alijsq́; Mathematicorum libris eam ſcientiam, quæ in magnitudinum dimenſione conſiſtit, in artem redigere ſtudemus. Et ipſum quidẽ ius, illud eſt circa quod ars verſatur: vt iuriſprudentia, doctrina vel ars dici potius videatur: quæ licet cum philoſophia commune id habeat, vt ipſa diuinarum & humanarũ rerum notitiã profiteatur & ſuſcipiat, definiri tamẽ poteſt doctrina bene & ad factum appoſitè, de iure reſpondẽdi. In qua artificioſè colligenda elaborãt omnes: nullus promo-

Digitized by Google

ſtris quidem interpretibus nõ ſatis cognitas reſtituiſſe: quas ſi quis ideo novas appellare velit, quòd ipſius Labeonis exemplo, in iis quæ mihi tradita fuerunt, perſeverare nequeam: ei facilè cõcedam me plurima innovaſſe, nec ex gloſsis, ſed ex noſtris jurecõſultis, quicquid id eſt quod ſtudioſè collegi, didiciſſe. Quamobrem cùm te unũ rex noſter elegerit, ut nobiliſsimo Senatorũ cœtui præeſſes: & te gravibus multis quæſtionibus extra ordinem decretis præfecerit, cui potius quàm tibi prudentiſsimo Cenſori hæc mea ſcripta offeram, nullum invenire nec poſſum, nec cupio. Verùm meis laboribus & vigiliis majus reportaſſe prçmium me exiſtimabo, ſi tibi magnis, publicisque occupationibus per otium relaxato ea legere placuerit.

ΠΕΙΘΑ.

Digitized by Google

ΠΕΙΘΑΝΩΝ SEV VERISIMILIVM,

LIBER PRIMVS.

De iure naturali, gentium & ciuili, ad titulum primum Pandectarum.

BIBLIOTECA NAZ.
ROMA
VITTORIO EMANUELE

CAP. PRIMVM.

Ad I. Cap.

IVri operam daturum prius noſſe oportet, vnde iuris nomen deſcendat. Vt enim primùm philoſophi, qui in naturæ obſcuritate verſantur, ex quibus principijs vnaquæque res proficiſcatur, indagant; ita neceſſe eſt eum qui ad iuris peritiam omne ſuum ſtudium, omnem operam & induſtriam conferre velit, principiò iuris fontes ſcrutari. Eſt autem ius à iuſtitia appellatum: atque ex iuſtitiæ fontibus manat; vt falſum

Digitized by Google

eſſe apud Ciceronem Scipio contẽdat, *refert Aur. Auguſt. lib.* 19. *de ciuitate dei ca.* 21, quod à quibuſdam non rectè ſentientibus dici ſolet, id ius eſſe, quod ei qui plus poteſt, utile eſt. Et hæc quidem Vlpiani verba ad regulas Grammaticorum exigenda non ſunt: nec enim is notationem & Verbi etymologiam explicat, vt otioſa videatur diſputatio, an iure prior ſit iuſtitia: nec vtilior ea quæ de ouo & gallina apud Cenſorinum tractatur. Et certè neminem philoſophorum, qui rectè de moribus ſcripſerit, eſſe ſcio, qui non ius à iuſtitia manare, eamque in omnibus iuris partibus obſeruari debere ſenſerit. Hæc enim continet & amplectitur quicquid ad humanam ſocietatem & vitæ quaſi communitatem pertinet: *Ariſt. lib.* 5. *Ethic.* Ea ſuum cuique tribui docet: atque vt patriæ & parentibus pareamus, vt fidem in pactis, tranſactionibus, ſtipulationibus, commodato, depoſito, & in omnibus omninò contractibus ſeruemus, iubet.

Ad

Digitized by Google

2 *Ad † verſ. Ius eſt ars.*

ARtem pro præceptorum collectione philoſophi accipiunt: quorum rationem ſequutos eſſe prudentes non exiſtimo: cùm de iure conſulti nulla traderent præcepta, ex quibus artificioſè ars componeretur: bonum tamen & & æquum profiterentur. Quamuis non ignorem ex libris iuriſconſultorum artem ipſam colligi poſſe, non minus quã bene dicendi artem ex oratorum libris collegerunt veteres, & nos ex geometricis elementis alijsq; Mathematicorum libris eam ſcientiam, quæ in magnitudinum dimenſione conſiſtit, in artem redigere ſtudemus. Et ipſum quidẽ ius, illud eſt circa quod ars verſatur: vt iuriſprudentia, doctrina vel ars dici potius videatur: quæ licet cum philoſophia commune id habeat, vt ipſa diuinarum & humanarũ rerum notitiã profiteatur & ſuſcipiat, definiri tamẽ poteſt doctrina bene & ad factum appoſitè, de iure reſpondẽdi. In qua artificioſè colligenda elaborãt omnes: nullus promo-

viſſe aliquid videtur. Hîc igitur artem pro notitia & cognitione accipiemus: ut etiam ipſe interpretatur Vlpianus. Bonum autem & æquum ſemper vſurpatum eſſe non apud iuriſconſultos ſolum, ſed apud philoſophos & oratores etiam pro iuſto ac honeſto legimus: nunquam verò pro eo quod ad vitę cōmoditatem iucunditatemq́ue, ad facultates rerum atque copias pertinet. Atque ita hæc verba explicat iuriſconſultus, cùm ait: Iuſtitiam namq; colimus, boni & æqui notitiam profitemur.

Ad † ver. huius ſtudii. 3

HOc ſtudium quod iuri operam daturus ſuſcipit, in duabus theſibus totũ eſt: aut enim in iure publico, aut priuato ponitur. Publicum autem ius ex ciuilibus præceptis collectum eſt. Illud enim ipſum vnaquæque ciuitas ad continendam publicam vtilitatem, ſuumq́ue ſtatum conſeruandum conſtituit.

Ad † ver. Priuatum ius. 4

Cum

Digitized by Google

CUm de iuris ſtudio agimus, ipſum ius de quo conſulti reſpondēt prudentes, intelligimus, quod populi Romani ius appellatur. Nam ſecundum Saluij Iuliani ſcripturam debent omnes ciuitates(vt ſcribit Imperator *In prima conſtitu.*)conſuetudinem Romæ ſequi, quæ caput eſt orbis terrarum. Hoc autem ius collectum eſt & compoſitum ex præceptis naturalibus, gentium & ciuilibus,id eſt, iis quæ vel natura, vel gentium conſenſus,vel ciuitatis mores conſtituerunt. Non eſt igitur curioſè inquirendum, quomodo ius naturale ars boni & æqui dicatur,cum ea diſtinctio tria hæc capita non vt formas eius iuris cui operam daturus eſt aliquis,cō-tineat, ſed vt ex quibus ipſum ius conflatum eſt. Nā & ex iure naturali quædā honeſtatis ſpecies colligitur. Omni enim animantium generi innatus eſt coniunctionis,& eorum quæ procreata ſunt educationis appetitus: qui cùm hominibus etiam inſit,non immoderatus, ſed naturalis intelligendus eſt.Hoc autem naturæ præceptum,ius quoque

Digitized by Google

naturale dicimus, quod non ſolum humani generis proprium eſt, ſed omniũ etiam animalium, quæ in terra, quæ in cœlo, mariq́; naſcuntur. Neq; ijs aſſentimur, qui ius naturale definiri ſentiunt, quod hominem facere vel non facere iubet natura. Quamuis enim ex ſenſu & naturali voluptate quicquid proficiſcitur, huius nõ ſit iuris: ea tamẽ vis animãtibus principio innata, qua ſubſiſtunt, & ſe, vitam corpuſq́; tuentur, atque ſuum genus conſeruant, naturæ ius dicitur: quòd idipſum omnia animalia natura docuerit. Neque exemplũ maris & fœminæ coniunctionis (quam matrimonium appellant) ab Vlpiano propoſitũ adeò finitionem reſtringit, vt de eo tãtùm iure intelligatur, quod ex cõmuni ſenſu profectum humana probauit ratio. Satis enim conſtat huiuſmodi interpretationẽ à iuriſconſulti mente alienã eſſe. Sed vt ingenuè quod ſentio fatear, minus propriè belluis (quæ tantùm quantũ ſenſu mouẽtur, ad id quod adeſt, quodq́; preſens eſt, ſeſe accõmodant, rationis omninò expertes) iuris
no-

nomen conuenire videtur. Generalius autẽ ab Vlpiano alijsque iuriſconſultis ipſum vſurpari exiſtimo, vt etiam dicatur iuſſus atq; inſtinctus naturæ, quo omnia animantia ad ſui corporis, & ex ſe procreatorum tutelam aliaq́; huius iuris præcepta excitantur. Ius enim a iubendo ductum videtur. Illud autem eſt ius gentium, quo gentes humanæ vtuntur, nec hominũ cum cæteris animalib. cõmune eſt. Et ipſum quidem vſu exigente & humanis neceſsitatibus naturalis ratio: inter omnes homines conſtituit. *L. Omnes. infrà hoc tit. & inſtit. de iure nat. gen. & civ.* Itaq; à iuriſconſultis naturale ius nonnunquam dicitur, non quòd ipſum natura omnia animalia docuerit, aut quia omniũ ſit gentiũ, cum reliquis animantibus commune: ſed quia (meo iudicio) humanæ gentes naturali ratione, & melioris diuiniorisq́; naturæ quodam præcepto atque vno conſenſu & eadem ſententia, ad ſui cõſervationem ipſum inter ſe conſtituerunt: quod non opinio genuit, ſed certa quædam ſcientia. Ideoq́; ex vtilitatis

Digitized by Google

ratione aut perſpicua aut obſcura nobis in conſuetudinem venit, ab ipſiſque hominibus authoritatem accepit. Licet enim ſeruitus, contra naturam (quæ liberos omnes procreat) introducta ſit: non tamen ſine vlla naturali ratione: cum alios dominari, alios parere conueniat: ſitque imperantis, & eius qui paret, naturalis coniunctio ſalutis cauſa conſtituta. Nam & corpus animi imperio regi, & eos quibus natura vim ad proſpiciendum conſulendumque alijs tribuit, præeſſe ac imperare: eos verò qui corporis viribus ad exequenda cõſilij mandata valent, parere & ſeruire oportet, quod certè vel ipſa nos iubet natura, *Ariſtot. lib. pri. politic.* Non eſt igitur mirum, ſi non ſolùm iuris authores, ſed etiam alij magni nominis viri nunc ius gentium, nunc ius naturale dicant, vt Martianus lib. 3. Inſtit. *L. 2. & 4. de rer. diviſ.* & Paulus *L. penult. infrà hoc titul.* §. *Sed naturalia. de iur. nat. gent. & ciui.* qui ipſum ſemper æquum & bonum appellat, atque cæteri cùm de obligandis natura ſeruis & pupillis agunt.

Quem

Quem enim natura obnoxiũ dicimus, qui iuris gentium vinculo ad dandum faciendumve obſtringitur, *L. Cum amplius.* §. *Is natura. de reg. iur.* ſiue ea obligatio naturali tantũ æquitate nitatur, vel ex nuda veniat pactione, ſiue ex ijs conuentionibus quas iurisgentium appellamus. Quæ enim ex illa vi quam natura omnibus animantibus tribuit, naſci obligatio poteſt? Sed quid multis? Theophilus Græcus paraphraſtes *Titu. de iur. nat. gent. & civil. Titu. de rer. diviſ.* nunc ius gentium per abuſionem vocari ius naturale dicit: nunc hoc ius quod civili antiquius eſſe conſtat, unà cum humano genere in lucem à natura productum eſſe ſcribit. Atq; Pomponius *L. 2. hoc titul.* erga Deum religionẽ, Vtque parentibus & patriæ pareamus (ad quorum obſervationem ipſa nos procreaſſe natura videtur) iuriſgentium eſſe dicit.

Ad † Cap. 3. 5

VItæ corporiſq; defenſionem, omnibus animãtibus conceſſam, iuris eſ-

ſe naturalis conſtat. Tuendæ autem hominum ſocietatis gratia, receptã quodam vſu iniuriæ propulſionem vindicationemq́ue, iuris gentium dicimus. Et certè nullo rationis vinculo coniungũtur belluæ, ſed ſolo naturali inſtinctu declinant ea quæ nocitura ſunt deſiderio naturali (quod etiam ijs rebus, quæ terra eduntur, ineſt) ſibi ſimile procreant, illudq́ue ſua quadam opera & induſtria conſervant. Homines verò ſocietatis & communionis gratia nati, ad cœtus & congregationes apti, *Ariſt. Pol. lib. pri.* ut alterum alteri inſidiari nefas eſſe iudicant: ita iuſtum eſſe iniuriam propulſare, atque illatam vlciſci ducũt: *Cic. lib. pri. Off.* ideoq; Caius lib. 7. ad edictum provinciale *L. Itaq; ad leg. Aqui.* & *Ci. pro Mil.* ſcribit adverſus periculum naturalem rationem permittere ſe defendere. Hanc verò gentium conſenſu in mores perductam ſui defenſionem ſi cum moderatione legibus præſcripta ſpectes ea non iuris gentium *L. 1. C. unde vi* ſed civilis erit, quoniã certa forma à lege comprobata ſit. Et quidẽ

Pau-

Digitized by Google

Paulus *L. ſcientiam ad legem Aquil.* cum dixiſſet vim vi defendere omnes leges omniaque iura permittere, ſubiecit illum ſolum qui vim infert, ferire concedi, & hoc ſi tuendi duntaxat non etiam vlciſcendi cauſa factum ſit. Hæc autem civilis defenſio ad Florētini reſponſum non pertinet: à quo propoſita exēpla ad ius etiam naturale omnium commune animaliū imperatorē referre probabile non eſt, ſed ad ius gentium quod hominibus poſitum eſt: quamvis permultos ita ſenſiſſe non ignoro. Verùm noſtra ſententia ex iis verbis præclarè (ni fallor) confirmatur: & cum inter nos cognationem quandam natura conſtituerit, conſequens eſt hominem homini inſidiari nefas eſſe. Nec eos naturæ nomen movere debebat, cùm hæc ipſa ſocietas & vitæ quaſi communitas naturali ratione ac quodam iure conſtet, atque naturæ nomen non una ſignificatione uſurpetur, nec ſemper ius illud quod ex vi & inſtinctu omnibus animalibus innato venit, ſignificet.

Ad † Cap. 4 6

Ex

Digitized by Google

EX eo ius gentium à naturali recedere conſtat, quia omnibus alterum animalibus, alterum ſolis hominibus commune ſit. Et gentium quidem ius unum eſt, optima ratione conſtitutum, naturæ in quibuſdam contrarium, ut in ſeruitutum conſtitutione. eam enim natura incognitam, hominum conſenſus ex utilitate induxit, cùm vis facultaſque ipſis innata conſerVari aliter non potuiſſet, vt ſuprà diximus. Quamobrem ea naturæ iuris diſtinctio mihi non placet, qua tranſire aliud in ius gentiũ, aliud in ſuo nomine ſtare ſine ulla iuris conſultorum authoritate traditur. Ius enim naturæ unum idemque eſt, commune nihil cum iure gentium habens. ſed diſtincta omnino ſeparataque præcepta, quæ tota ex inſtinctu naturali pẽdent. Ius autem gentium recta ratione & meliori naturæ conſentiente, atque cœleſti (vt eſt apud Ciceronem) lege, ſive divina quadam (vti imperator ſcribit §. *Sed naturalia, Inſtit. de iur. natur. gen. & ciuil.*) prouidentia conſtitutum eſt.

eſt. Ideoq́ue naturale etiam (vt ſæpius à nobis repetitum eſt) dicitur.

Ad † *Cap.* 5. 7

QVæ ex hoc iure gentium (quo de agimus) introducta ſint, explicat Hermogenianus. Et hæc quidem exempla eiuſdem ſunt cum religione, pietate, & vindicta, generis, atque naturali ratione, cui hominum acceſſit authoritas, conſtituta. Aliud autem de communi omnium libertate dicendũ quis ignorat? cùm omnes omnino æquales, eiuſdemq́ue conditionis natura homines procrearit, interq́ue ipſos vt inter cætera nihil differentiæ animalia conſtituerit. Quæſtionis eſt, cùm apud innumeras gentes (vt ex Hiſpanorum nauigationibus relatum eſt) ſolus ſit permutationis vſus: atque pretium in emendo vendendoq́ue neceſſarium ſit, vt eo non interueniente, contractus emptionis celebrari nequeat: §. *Pretium inſtit. de empt. & l. 2. de contra. empt.* inuentionem verò nummorum Æginetis

tis plerique tribuant, quî ex iure gentiũ introductas huiuſmodi conventiones Hermogenianus ſcripſerit? Non ignoro quoſdam emptionem pro permutatione hîc accipere. Sed verius eſt ut dicamus cum Paulo *L.1. de contra. empt.* emendi vẽdendique originem à permutatione cœpiſſe. Quamvis autẽ omnes gentes emptionis cõtractum celebrare nõconſueverint àquibuſdamq́; populis primùm ille introductus ſit, non minus tamen iuriſgentium videtur. Nam & ab ipſis tantùm hominibus, non autem à cæteris animantibus celebratur: nec unius ſolum eiuſdemque eſt civitatis aut populi: licet apud omnes peræquè gentes non cuſtodiatur: ut à maiori parte totum nomen accipiat. Primam igitur inſtitutionem adeoque ipſam originem non inſpicimus, à quibus ſcilicet populis contractuum quiſque in mores venerit, ſed ipſarum præterea gentium communem approbationem & conſenſum. Et in aliis quidem contractibus (quos eiuſdẽ apud omnes gentes poteſtatis eſſe probabile nõ eſt) hæc

quoq́;

Digitized by Google

quoq; obſervāda ſunt. Nā & Vlpianus *L. An inutilis. de acceptilat.* hoc nos iure uti ſcribit, ut iuris gentiū ſit acceptilatio: quā tamen cōſtat ex ritu & ſolennitate P.R. primū uſitatā fuiſſe, ut etiam de ſtipulatione dici poteſt. Ex hoc iure gentium obligationes inſtituras omnes eſſe, exceptis quibuſdā, quæ à iure civili introductæ ſunt, reſpondit Hermoge. Cuius adeò mihi placet ſententia, ut ex eo iure naturali quod vetuſtius pleriq; appellant nullā omnino naſci obligationē crediderim: quod iam à nobis probatū eſt. Cuiuſcunq; ergò generis obligatio ſit, quæ vel ex legitimis non deſcendat cauſis, vel certo iure civili confirmata non ſit, vel ex Prætorū iuriſdictione nō proficiſcatur, eā iuris gentiū eſſe arbitror, ſive ad faciendū duntaxat officium obliget, ſolaq; naturali æquitate ſuſtineatur, & ex æquo ac bono veniat: ſive ex hominū autoritate, & quadā gentiū conſuetudie proficiſcatur: ſive ex nuda pactione quę ſolo nititur cōſenſu, ſive ex ea conventione, quā propriè contractum appellant, oriatur. Naturalis tamē

ſæpius

Digitized by Google

ſæpius huiuſmodi dicitur obligatio: *L. Naturalis.de oblig.& act.aliiſq́ ſim.* quia ut ipſum ius gentium, naturali ratione & quadam lege introducta eſt. Nam eum qui fidem alteri dat ſeſe aliquid daturum vel facturum, natura obligari reſponſum eſt. *L.Cum amplius. de reg. iur.* Obſervandam verò naturali ratione fidem homines didicerunt: ne ius humanæ ſocietatis violaretur. Sed ea belluis (quas omnes natura rationis expertes procreavit) nullo modo convenit. Memini tamen Tryphoninum *L.Si quod.de condic.indeb.* videri naturalis obligationis originem ad ius naturale non gentium referre. Nam ſcribit: Vt enim libertas naturali iure continetur, & dominatio ex iuregentium introducta eſt: ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda eſt. Verùm hæc verba eam recipiunt interpretationem, vt in omnibus his obligationibus ad naturalem libertatē reſpiciamus. Et certè non ex communi omnium gentium iure ſeruis interdicta ſunt commercia, ſed ipſi quod at-
tinet

Digitized by Google

tinet ad ius ciuile, pro nullis habentur. *L. quod attinet. de reg. iur.* Sed & ipſe Triphoninus de bona fide quę in cōtractibus exigitur, diſputans, indifferenter Iuris naturalis & gentium verbis utitur. *L. Bona fides. depoſit.* Atque quod cæteri iuriſconſulti indebitum natura, naturali iure vel naturaliter dixerunt, Celſus in eandem ſententiam jure gentium ſcripſit: *L. indebitam. de cond. indeb.* ut non ſine ratione dicere quis poſsit vel iuriſconſultos horū verborū differentiam curioſè non obſervaſſe, vel alios aliter juris diſtinctionem tradidiſſe. Nā & videtur Cajus *L. Omnes populi. hoc ti. l. 1. de acqui. rer. domini.* in duo tantum genera ius diducere, in gentium ius, & civile.

Ad † Cap. 6. 8

PRincipio vim inſtinctumq́ue natura omni animantium generi tribuit ut coniunctionis appetitum procreandi cauſa, qui omnibus communis eſt animalibus. Deinde gentium conſtituti-

 ones

ones ſequutæ ſunt, quæ ex vtilitatis ratione aut perſpicua aut obſcura nobis, in conſuetudinem venerunt, atque ex iis jus gentium introductū eſt ſolis hominibus commune: quod in totum à naturali minimè recedens, nonnulla quæ ab illo antiquo iure profecta ſunt, aluit, & uſu cōprobavit, ut maris & fœminæ cōiunctionem (quam matrimonium appellamus) generis conſervandi & ſocietatis continendæ gratia homines approbarunt. Poſtremò ad fundandum reipublicæ ſtatū quiſq; ſibi populus jura cōſtituit. Nam qui optimè in repub. verſati, cæteris uſu & prudentia prçſtabant, facilè judicarunt cōmunem civium tranquillitatem cōſervari non poſſe, ſi ea tātùm quæ vel à natura profecta, vel ab omnibus approbata ſunt gentibus, obſervarētur, aut ſi ea paſsim & ſine delectu omnia obtinerēt. A iure igitur naturali vel gentiū omnino non recedentes, ea iuri communi addiderūt vel detraxerunt, quæ ad publicam utilitatem, civium conſociationem, & quaſi

quaſi vitæ cōmunitatem pertinere arbitrati ſunt. Neque enim omnia quæ vel natura inſeruit, vel gentiū approbavit conſenſus, leges ita ſanciunt, ut ſi contrà fiat, iudicium inſtituatur: ſed multa juris civilis auxilio deſtituta remanſere. Quare naturalem ſemper æquitatem rationemque leges imitātur: ſed etiam bono publico maximè inſerviunt. Eſt ergò jus civile cujuſque civitatis proprium, quod ex legibus, plebiſcitis, ſenatuſconſultis, decretis principum, authoritate prudentium venit. Qua Papinianus definitione jus prætorium (quod minimè prætermiſit Iuſtinianus *§. ſcriptum. de jur. nat. gent. & civil.*) complexus non eſt. Ipſum enim juris civilis adjuvandi, vel ſupplēdi, vel interpretatione quæ ex bono & æquo fit, corrigendi gratià introductum eſt: ideoq; illud jus abſolutè dicitur: quāvis ſæpius ad prætorium, juris civilis nomē pertineat. Nec. n. minus (ut à Paulo *L. pē. hoc tit.* ſcriptum eſt) rectè ius dicitur in civitate noſtra jus honorariū. Ex his in-

Digitized by Google

telligitur non ſatis cognita ex interpretum commentariis privati iuris diſtinctio.

DE LEGE REGIA,

a d cap. 1. de conſtitut. principum.

CAPVT II.

LEGE antiqua, quæ, regia nuncupatur, omne ius omnemque poteſtatem populi Romani in Imperatoriã tranſlatã eſſe poteſtatem reſcribit Iuſtinianus *In prima conſtitu.* idemq; ipſe in ſuis inſtitutionibus, *Tit. de iur. natur. gent. & civil.* refert, nec aliis quàm hîc noſter Vlpianus, utitur verbis. Et veriſimile quidem eſt latam ſub Octavio Cæſare legem fuiſſe, qua populus in eũ cæteroſque imperatores omnem ſuam poteſtatem (quæ majeſtas dicebatur) tranſtulit. Cum is enim primum à populo princeps diceretur, omniaque ad publicam utilitatem referre videretur, poſtea

poſtea publica authoritate placuit, ut ipſe ſolus reipublicæ conſuleret, *Tranquil. in August. Cornel Tacitus.* atq; imperator & Auguſtus appellaretur. odioſum enim erat regis nomen. Non igitur hæc lex ſic lata eſt, vt ſua cuique principi certis conditionibus poteſtas tribueretur. Nam præclarè ſcribit Arcadius libro ſingulari de officio præfecti prætorio, *L. 1. de offi. præfe. prætor.* regimenta reipublicæ ad imperatores perpetuò translata fuiſſe. Et eam ipſam legem imperij appellat Alexander Severus imperator. *L. 3. C. de teſta.* qua ſolennibus juris imperatorem eſſe ſolutum ait. Sed quid multis? generaliter Vlpianus noſter latam hanc legem fuiſſe de imperio principis ſcribit. Ex quorum verbis conſtat populum ſuo imperio deſtitutum fuiſſe, ut illud perpetuò apud principem eſſet, licet tantum dicat Pomponius *L. 2. de orig. iur.* id Principi tributum eſſe, ut quod ipſe cõſtituiſſet, pro lege ſervaretur, id eſt, atque ſi lege rogatum eſſet, ſive publica authoritate

placuiſſet (hæc enim verba eadem apud Pomponium ſignificatione uſurpantur.) Et certè quod populi ſuffragio conſtituebatur, lex à veteribus dicebatur. Neque verò dicit Iulianus *L. de quibus. de legib.* ſuo tempore quo Adrianus imperabat, populo tributum fuiſſe ſuffragium, ſed ita de conſuetudine diſputat. Cum leges quæ apud populum rogatæ ſunt, nulla ex alia cauſa nos teneant, quam quòd ejus judicio receptæ ſint: meritò & ea quæ ipſe ſine ullo ſcripto probavit, tenebunt omnes. Non ignoro quoſdam ex Cæſaribus aliquam populo, ut ei gratiores eſſent, utque publicæ utilitati magis conſulere viderentur, poteſtatem tribuiſſe. Sed & Tranquillum de Caligula ſcripſiſſe memini, ingreſſo urbem conſenſu Senatus, & irrumpentis in curiam turbæ irrita Tyberii voluntate, qui teſtamento alterum nepotem ſuũ prætextatum adhuc cohæredem, quæque ei dederat, jus arbitriumque omnium rerum illi permiſſum eſſe. Dicitur autem hæc lex

Regia,

Regia, quia regum exactorum poteſtas, quam ſibi ſumpſerat populus, ad principem translata ſit: quaſi de regio dominatu concedendo conferendoq́; lata: ut Annariam, Agrariam, Frumentariam, aliasque hujus generis leges nomen ab eo accepiſſe legimus quod rogatum erat: ut curioſè perquirendum non exiſtimem cujus regis fuerit, nec Papyrii librum expectandum. Eſt & alia lex Regia cujus meminit Marcellus, *L. Negat. de mort. infer.* eaque à nonnullis Rhemnia dicitur. Verùm quicquid ſit ipſam ut à noſtra diverſam hic explicare non poſſumus.

AD TITVLOS DE *juriſdictione & officiis Magiſtratuum.*

CAPVT III.

Digitized by Google

Prætorem † aliumve magiſtratum dici quoque iudicem. I

EA quæ juriſdictione & imperio à nobis ſcripta & edita ſunt, non repetimus: venit tamen in mentem prætoris, datorumque ab eo iudicum officii diſtinctio: quam & nunc quoque probamus. Sed tamen in juriſconſulorum libris obſervavimus iuriſdictionem iudicantis dici. Scribit Cajus, *L. Si idem. de iuriſd. ſi idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum ſingularum quantitas intra iuriſdictionem iudicantis ſit.* quem locum non rectè interpretantur, qui de dato iudice iuriſconſultum loqui exiſtimant. Is enim notionem tantum nō iuriſdictionem habebat, *L. Ait Prætor. de re iudicat.* Quòd ſi quis prætorem dici iudicem arbitretur, atque ita Caium ſenſiſſe, ſi idem cum eodem plures, diverſis ſummis (quarum ſingularum quantitas ſit intra ipſius iuriſdictionē) actiones habere velit, putet: videat ne non

non prætoriæ iuriſdictionis vim & magnitudinem intelligat. Equidem in ea ſum opinione, ut is locus intelligi de eo cui mandata eſt iuriſdictio poſſit. Is enim & dare iudices poterat, & ſpeciem tantum unam iuriſdictionis habere. *L. Cum prætor. de iudi. L. Solet de iuriſd. Liv. Decad.* 1 *lib.* 3. Verùm alios obſervavi locos, in quibus prætor iudex appellatur. Paulus lib. pri. ad edictum *L. Ex quacunque. Si quis in ius. voc.* cum dixiſſet ad Prætorem vel alios præſides qui iuriſdictioni præſunt, in ius vocatum venire debere, ſubiecit: *Si quis in ius vocatus non ierit, ex cauſa à competente iudice multa pro iuriſdictione iudicis damnabitur.* Tum addit: *item ſi nihil interſit actoris eo tempore in ius adverſarium non veniſſe, remittit prætor pœnam.* Vlpianus *L.* 1. *de iudic.* lib. 1. ad edictum *Si ſe ſubijciant aliqui iuriſdictioni, & conſentiant: inter conſentientes cuiuſvis iudicis qui tribunali præeſt, vel aliam iuriſdictionem habet, eſt iuriſdictio.* Africanus *L. Titia.* 34. *Solut. matrim.* libro 8. quæſtionum *Quæſi-*

tum eſt, quæ partes judicis ſint? reſpondi, patri, niſi probet filiam non ſolum in ſua poteſtate eſſe, ſed etiã conſentire ſibi, denegandam actionem. Quibus in locis judicem pro prætore, atque in Caii reſponſo pro proconſule (ſi quis nonnullorũ ſententiam à nobis notatam probet: ſcribit enim ad edictum provinciale) accipi conſtat. in ius namq; vocare eſt ad eum qui jus dicturus ſit, id eſt ad prætorem §. *Omnium. inſtit. de pœna temere litigan.* ut etiam in veteribus fabulis *Plautus in Menæch. act.* 4. rem aut ad populum, aut in iure, aut ad iudicem eſſe dicatur. Qua de re ſcribit eleganter Duarenus *lib.* 1. *Diſputat. anniu, cap.* 1. Sed & prætoris officio contineri dare aut denegare actiones Pomponius ait. *L. veluti.* 27. *de verb. obligat.* Sed quid multis? ſcribit libr. 5. Opinionum Ulpianus: *L. Qui neq;.* 81. *de judic. qui neque juriſdictioni præeſt, neque à principe poteſtate aliqua præditus, neque ab eo qui jus dandorum judicum habet, datus eſt, nec ex compromiſſo ſumptus, vel nec ex ali-*

qua

qua lege confirmatus eſt, judex eſſe non potuit.

Ad † *cap. 3. de officio proconſulis & legati.* 2

QUod à Martiano lib. 1. inſtitut. *L. 2. hoc titu.* & hîc ab Ulpiano ſcribitur apud legatum proconſulis neminem manumittere poſſe nec adoptare, quia non habet juriſdictionem talem interpretatur Paulus *L. Apud proconſulem. de manu. vin.* ut apud proconſulem, poſtquam urbem egreſſus eſt vindicta manumittere poſſumus, ſed apud legatum ejus non prius quam provinciam ingreſſus eſt. Atq; ita ſenſiſſe Martianum præcedentia ejus verba oſtendunt. Sed majorem habet dubitationem quod ſcribit noſter Ulpianus omnino non eſſe apud eum legis actionem. nec enim ea verba ſic reſtringere poſſumus, ut intelligatur cum provinciam ingreſſus eſt legatus. Nam & apud ſolum populi Roma. magiſtratum legis actionē eſſe non ſolum Modeſtinus *L. 4. de adop.* ſcribit,

ſcribit, ſed etiam hiſtoriæ teſtantur: quæ ratio movebat Ulpianum ut adoptari apud proconſulis legatum non exiſtimaret. Eadem illa ratione adoptari apud iuridicum qui Alexandriæ agit, poſſe dicit: *L. 1. de offi. iurid. Alex.* quia data eſt ei legis actio. Sed cū Paulus ſcribat, legatum mandata ſibi iuriſdictione, iudicis dandi ius habere: *L Legatus hoc tit.* Ividendum eſt quid ſenſerit Ulpianus; ſcribit enim Pomponius *L. 2. de ori. iur.* ex legibus 12. tabu. compoſitas fuiſſe actiones, qui inter ſe homines diſceptarent. Quas actiones ne populus prout vellet inſtitueret, & certas & ſolennes eſſe voluerunt: & appellabatur hæc pars iuris, legis actiones: quæ cùm prius apud collegium pontificum eſſent, venerunt poſtea ad magiſtratus populi Romani, ut ad prætorem; *Cic. lib. 2. de leg. lib. 2 Rheto. & pro Cecin.* Nam ſcripſimus aliquando ex Fabij Victorini *Vict. in Cicer. de inven. lib. 2.* ſententia, (quæ doctis quibuſque viris placuit) prætorem qui ius dicebat, iudices cauſæ

de-

Digitized by Google

dediſſe, & agendi formulam iudicibus à ſe datis præſcripſiſſe. Cuius antiqui moris extant pleraque in oratorum, hiſtoriographorum & noſtrorum iuriſconſultorũm libris exempla. Sed & idẽ Pompon. has legis actiones formã agendi continere ſcribit: atq; adoptiones & emãcipationes olim habuiſſe ſuas eius generis formulas nõ dubito. Itaq; verius eſt, ut dicamus apud proconſulẽ, ut apud cæteros populi Rom. magiſtratus (quos maiores appellant) legis actionẽ fuiſſe, eumque ſolum formulam ac ſolennitatem agendi præſcripſiſſe. Verũ legato ex iuriſdictione ſibi mandata licuiſſe iudices dare, & controverſiæ formam ex proconſulis authorithate dictare. Qui enim mandatam iuriſdictionã ſuſcepit, propriũ nihil habet, ſed eius qui mãdavit iuriſdictione utitur: *L. 1. de offic. eius cui. L. Legati. de offic. pro conſ.* quanvis proprium id habeat, quòd particulare aliquid, nec ipſi cum cæteris privatis commune, mandatam ſcilicet iuriſdictionem exerceat,

Ad

Ad † Verſic. Veritas, cap. 6. Titu. de offic. præſidis.

NObilis eſt quæſtio, an judex ea ſequi debeat, quæ allegantur & ap-probantur, an verò ſuam (ut ajunt) conſcientiam. In eaque explicanda multi laborant: ſed ego ipſam eſſe facti quæſtionem, ideoque ex diverſis circumſtantiis pro boni & æqui ratione decidendam ſemper exiſtimavi. nec enim ita ſuo ſenſui, opinioni, ingenio, & affectui judicem blādiri oportet, ut rejecta probatorum authoritate, dubia pro certis habeat. Sed & animadvertere debet, ne falſis aut ſuſpectis probationum actorumq́; illuſionibus rei veritas offendatur. Nam ſæpe in juris authorū libris *L. 3. §. ejuſdem quoq́ʒ. de teſtib. l. Illud in cauſis probandis. de manumiſſ. vind. l. appellari. Quis à quo appelletur & aliis ſim.* legimus has & ſimiles verborum formas à veteribus uſitatas: *Ex ſententia animi tui exiſtimare te oportet*: & illud, *ſequetur judex quod optimum putarit.* Cæte-

Digitized by Google

Cæterùm hujus verſiculi ea mihi non videtur eſſe ſententia, quæ vel his, vel illis placuit: Sed ejus interpretatio ex proximis juriſconſulti verbis pendet. Dixerat enim extortas metu venditiones & cautiones, vel ſine pretii numeratione, prohibere præſidem provinciæ. Nunc tanquam ſuperiorum rationem regulam ſubjicit, qua monet ſequendum non eſſe illud quod per errorem geſtum eſt (ut ſi quis in venditione deceptus pretium non acceperit) ſed veritatem rerum, quæ cognoſcitur fide eorum quæ probantur.

Ad † *Cap. 4. De offic. aſſeſſ.* 4

HVjus capitis hîc mihi videtur eſſe ſenſus. Si legatus Cæſaris ante tempus quo ei manere in provincia cõceſſum erat (certum enim ipſis tempus à principe præſtituebatur, *Caſſiod. de for. præſid.* adeò ut Severus Imperator referente Aelio Spartiano primus ſtatuerit, ut nulli ante quinquennium ſucce-

ſuccederetur)deceſſerit, datur comitibus reſidui temporis ſalarium, quod ipſis à legato præſtitutum eſt ac præfinitum (legendum enim eſt *à legato præſtitutum*, ut Florentinus codex habet, non *præſtitum*, utcunque interpretentur nõnulli) niſi eo tempore cum aliis legatis fuerint. Diverſum in eo legato ſervatur, qui ſucceſſorem ante tempus accepit. Succeſſor enim vel alios ſubſtituituit, atque ita illi amplius non aſſident, nec ſuis partibus funguntur: vel hos ipſos retinet, qui cùm ſalarium accipiant, aliud reſidui eiuſdem temporis non habent.

Ad 1 Cap. 9. de iuriſdictione. 5

VTiliſsimum id edictum prætorem propoſuiſſe, quo dominis proſpiceret adverſus maleficia ſervorum, ſcribit Ulpianus: *L. 1. Si familia furtum feciſſe dicatur.* videlicet ne, cùm plures furtum admittant, evertant domini patrimonium, ſi omnes dedere, aut pro ſingulis æſtimationem offerre cogatur. Poteſt igitur

igitur ex hoc edicto tantum offerre (ſi velit) quantum ſi unus liber furtum feciſſet, & retinere familiam ſuam. Poſtea ſubjicit, ſi plures ſervi damnum culpa dederint, æquiſsimum eſſe eandem facultatem domino dari. Refert etiam Cajus *L. Illud. 32. ad l. Aquil.* illud quæſitum eſſe, an quod proconſul in furto obſervat, quod à familia factum ſit (id eſt, ut non in ſingulos detur pœnæ perſecutio: ſed ſufficiat id præſtari quod præſtandum foret, ſi id furtum unus liber feciſſet) debeat & in actione damni iniuriæ obſervari? Sed magis viſum eſſe idem obſervandum: & meritò. Cùm enim circa furti actionem hæc ratio ſit, ne ex uno delicto tota familia dominus careat: eaque ratio ſimiliter in hac actione damni injuriæ interveniat: ſequitur ut idem debeat exiſtimari: præſertim cùm interdum levior ſit hæc cauſa delicti: veluti ſi culpa & non dolo damnum detur. De injuria verò idem ipſe Cajus *L. Si plures. 34. De injur.* ſcribit: *Si plures ſervi aliquem ſi-*

mul ceciderint, aut convicium alicui fecerint: ſingulorum proprium eſt maleficium: & tanto major injuria, quanto à pluribus admiſſa eſt. Imò etiam tot injuriæ ſunt, quot & perſonæ injuriam facientium. Conſtat igitur in eadem cauſa furtum & damnum eſſe: aliam verò eſſe injuriæ cauſam. Quid eſt igitur quod hic noſter Paulus res eaſdem album à familia corruptum, injuriam & damnū faciat, in eiſque plura facta, in furto autem unum intelligi dicat? Quæ diverſitatis ratio inter damnum & furtum dari poteſt? Sed videtur hæc ideo conſtitui à Paulo differentia: quia prætor de furto à familia facto edixerat: atque cùm vidiſſet iniquum eſſe omnes ſervos noxæ dedere, cùm tota familia rem contrectaſſet, permiſerat eam offerri æſtimationem quam liber obtuliſſet. De damno verò quia nihil edixerat, idem dicendum non videbatur. Cùm enim damnum per partes à pluribus daretur, ideoque plura facta intelligerentur, magis ad album corruptum & inju-

riam

riam accedere videbatur. Sed ex prudentum conſilio & interpretione (quibus id æquiſsimum viſum eſt, ut ſi damnum familia dederit, idem atque in furto obſervetur) receptum eſt, quamvis plura facta intelligantur. Nec eſt quod hanc ſententiam infirmet, cùm ſatis cōſtet prætorem proconſulemve nullum hujuſmodi de damno à familia dato edictum propoſuiſſe: ſed cùm dubitaretur, an ejus atq; furti eadem eſſet cauſa, prudentes æquitatem ſequuti viderunt rationem, quæ circa furti actionem erat, in hac quoq; damni à familia dati intervenire. Sed quid multis? Si rectè Pauli noſtri verba intelligamus, eum cum cæteris idem ſentire cognoſcemus. Ait enim: *Quemadmodū & cum plures ſervi injuriam fecerunt, vel damnum dederunt, plura facta ſunt, non (ut in furto) unum (Octavenus hic quoque domino ſuccurrendum ait.) Sed hoc poteſt dici, niſi dolo malo curaverit, ut ab alio album corrumperetur: quoniam tunc unum conſilium ſit, nec*

plura facta: Idem Pomponius libro decimo notat. Sic ego legendum arbitror, atq; ita in vetuſtiſsimis codicibus non ſolùm manu ſcriptis, ſed etiam Veneтiis excuſis ſcriptum inveni: non ut in vulgaribus libris: *ſed hoc poteſt dici, ſi dolo malo, &c.* Et certè hæc verba ad proxima quæ ex Octaveno refert Paulus, reſpicere non poſſunt. Sic enim ea interpretari oporteret, ſuccurri domino, ſi dolo malo ipſe curaverit. Ea igitur ad ſuperiora referemus, ut de familia quæ cõſilium corrumpendi albi dedit, intelligantur: ut edictum quidem locum habeat, niſi familia dolo malo curaverit, &c. hæc autem verba, *Octavenus hic quoque domino ſuccurrendum ait,* parentheſi claudentes ſic interpretabimur, ut ſenſerit Octavenus hîc, id eſt in hac poſteriori ſpecie, ſcilicet ſi plures ſervi damnum dederunt, domino ſuccurrendum eſſe. Satis enim conſtat *hic* particulam ad proximiora referri, ſi duo vel plura ſint quæ proponantur.

De pa-

Digitized by Google

DE PACTIS.

CAPVT IIII.

Pacti† definitio & diviſio, ad cap. 1. de pactis. 1

PActum eſt duorum pluriumvè placitum & in idem conſenſus. *Hac l. & l. 3. de pollic. Theoph. §. fin. de oblig. inſt. lib. 3.* Quicquid autē inter aliquos convenerit, pactum dicendum nō eſt: ſed conſenſus ad dandum faciendumve adſtringens pactionem parit, ut alter alteri ſaltem natura obnoxius fiat: atque ad ea quæ inter eos placuerunt, ſervanda obligetur. Latiſsima eſt igitur pacti ſeu pactionis (pro eodem enim uſurpantur) appellatio. Nam ſi quid inter ſe pepigerunt homines, ſi quid inter eos convenerit ex pacto (inquit Cicero in veteribus Rhetoricis) jus eſt. Et quidem Ulpianus pactionem atque pactum (quæ conjugata ſunt) pro eodem accipi diſertè oſtendit

L. Iuriſgentium. L. ſi unus. L. ſi cum fundum. L. Contra juris civilis. de pactis. & alis, in quib. nunc pactum aut pactum conventū nudumve, nūc pactio vel pactio nuda dicitur. Hîc enim pactionem eſſe dicit duorum pluriumve in idem placitū & conſenſum: alibi verò *L. 3. de pollic.* pactum appellat duorum conſenſum atq; conventionem. Nec movet quod à nonnullis ſcribitur, plenam abſolutámq; pacti definitionem eam nō eſſe, ſed generi unam tantum differentiam addi, qua oſtendatur quid inter pactum & pactionem interſit. Nam quicquid ſit cōſtat certè pactionis definitionem pacto convenire. Quòd autem pactio latius pateat, nunquam probatum eſt. Et quod ab Ulpiano ſcribitur pactum à pactione dici, unde etiam pacis nomen appellatum eſt: ex Celſi [illegible]
re leges. de legib. in[illegible]
ne verba cant[illegible]
inquir[illegible]
tico[illegible]
x[illegible]

ctum & paçem à pactione derivari (ſic enim loquuntur) exiſtimet? Vult igitur juriſconſultus pactum ex eo nomen accepiſſe, quòd pactio fiat inter aliquos: unde & pacis nomen appellatum eſt, quia paciſcentes conciliantur. Sæpe tamen *Titt. de pact. Dig. & C. l. lecta. Si cert. pet & al.* pactum, ut etiam conventio, eam ſignificat pactionem, cui & cauſa & nomen deeſt. Pactum in duo genera cum Cicerone *lib. 2. ad Heren. & libr. 2. de inven.* & juris conſultis diducimus. Illud enim eſt vel conventum, vel juſtum ſeu legitimum. Hæc Ciceronis verba: *Pacta ſunt, quæ legibus obſervanda ſunt, hoc modo, Rem ubi pagunt, orat[illegible] pagunt. Sunt item pacta quæ ſi[illegible] obſ[illegible]ur ex conventu [illegible] p[illegible] cun-*

[illegible] eſt

[illegible] ex[illegible] entu

[illegible] o nu-

[illegible] o deſti-

[illegible] entioni,

atque

Digitized by Google

atque in ſolis placiti finibus conſiſtit, nihil habens negotii. *L. Solent. de præ. ver. L. Si tibi. C. Locati.* Ita enim pactum conventum accepiſſe juriſconſultos, multis ex Pandectarum locis colligere eſt. Ita Ulpianus lib. 4. ad edictum accepit. *L. Iuriſgentium.* Cum enim dixiſſet nudam pactionem formare actionem, ſubjecit, ſolere nos dicere pacta conventa ineſſe bonæ fidei judiciis. Atque ita & cæteri. *L. Et hæredi. & alibi de pac. L. Pacta conventa. de cont. empt.* Quod enim Ulpianus nuda conventione pignus contrahi dixerat, *L. 1. de pignor. act.* contrahi hypothecam per pactum conventum ſcripſit Caius *L. Contrahitur. de pigno. & hypot.* Sed & Cicero lib. 2. de Orat. ait: *At verò in foro tabulæ, teſtimonia pacta conventa, ſtipulationes, cognationes, affinitates, &c.* Aliud autem pactum juſtum appello, quaſi ſuis numeris abſolutum, adeoque firmum, ut ipſo jure valeat. Eadem namque à juriſconſultis ſignificatione legitimum atque juſtum dici pactum ſentio.

Digitized by Google

tio. Scribit enim Paulus *L. Stichum aut Pamphilum.* §. *Naturalis. de ſolu.* naturalem obligationem juſto pacto ipſo jure tolli. Cujus ego reſponſum de legitima intelligo conventione, quę etiam juſta appellatur, *L. Tale pactum. L. Epiſtola. hoc tit.* quaſi legibus conſentanea, omninoq́; ſervanda. Is enim ipſe Paulus lib. 3. ad edictum, *L. Legitima. eo.* ex pacto naſci vel tolli obligationē ſcripſit, quoties lege vel S. C. adjuvatur. Hujuſmodi autem pactum legitimum appellat, quia lege aliqua confirmatur. Et nulla quidem ipſo jure diſſolvitur obligatio, niſi pactione legitima: licet naturalis obligatio quæ æquitatis ſuſtinetur vinculo, exceptione tollatur. Ideoq́; Paulus eodem ad edictum libro, *L. Si unus.* §. *Pactus ne peteret. eo.* prius pactum per poſterius elidi ipſo jure negat, ſicut ſtipulatio per ſtipulationem tollitur. Huc pertinet quod Paulus *L. 3.* §. *De illo. pro ſocio.* juſtam hæreditatem legitimam interpretatur: & Iulianus *L. Si quis cum debitore. de jureiur.* juſtam conventio-

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

nem eſſe ſcribit, ſi quælibet cauſa in cõditione juriſiurandi deducta fuerit, cujus vim eam eſſe reſpondit, ut non ſolùm juriſiurandi exceptio dari debeat. ſed etiam ſolutum repeti poſsit. Eſt etiam illud obſervandum, quod is ipſe Iulianus lib. 15. Digeſtorũ *L. cum emptor. de reſcinden. vendit.* ſcribit, In emptionis contractu ſi res ſecuta fuerit, niſi juſta conventio intervenerit, actiones ex empto & vendito manere: cùm prius dixiſſet emptionem nuda conventione diſſolvi, ſi res ſecuta non fuerit.

De vi pacti, ad cap. 27. de pactis. 2

EAm non eſſe pacti vim conſtat, ut ipſo jure actionem tollat, ſed per exceptionem elidat. Si enim cum creditore pactus ſit debitor, ne à ſe pecunia petatur, nihilominus obligatus manet, atque efficax adverſus eum competit actio, juſtumque eſt obligatum dare facere. Quia verò contrà pactionem condemnari eum iniquum eſt: pacti conventi

Digitized by Google

venti exceptione, cõſiſtens ipſo jure obligatio diſſolvetur. §. *Præterea. inſtitut. de except.* Poſtea verò ſi cum debitore pactus ſit creditor ut peteret: prius pactum per poſterius nõ quidem ipſo jure, ſicut ſtipulatio per ſtipulationem tollitur, ſed replicatione eliditur exceptio: quia in ſtipulationibus jus continetur: in pactis factum verſatur. Et ipſo quidem jure elidi obligatio dicitur *Arg. l. ſi tibi. de pact. & l. ſi noxale. de nox. act.* quæ ex juris forma, & ſine ulla exceptionis ope tollitur: ut à Prætore actio, ſi petatur, deneganda ſit. Nam jure civili, ac populi Romani legibus, certi obligationum tollendarum modi comparati ſunt, ut ſolutio, ſtipulatio, acceptilatio, novatio. *Tit. inſtit. Quib. mod. tolli. oblig. l. Obligationum. de obligat. & act.* Itaque in ſtipulationibus ineſt juris vinculum: quod ut neceſsitate adſtringit, ſuumque effectum ſine adventitio aliquo auxilio ſortitur: ita per ſe obligationem ex priori contractu proditam diſſolvit. In pactis

verò

verò nullà hujuſmodi continetur obligatio, ſed ſola conventio: ipſumque adeò contrahentium factum verſatur. Illa enim neq; approbantur, neque reprobantur jure civili. Prætor autem qui ſeſe pactum ex bono & æquo ſervaturum edicit, non quidem ejus nomine actionem pollicetur, verùm exceptionem ex vi naturalis obligationis quæ pacto ineſt, productam non ſinit extingui: cujus ope diſſolvitur obligatio. Nam & prætoriis exceptionibus (inquit Cicero) *Lib. 2. de inven.* multæ excluduntur actiones. Cùm igitur ad prætorẽ actor juris experiundi cauſa reum vocaret, iſque actoris poſtulatione (quam vulgò intentionem appellant) rei verò exceptione audita controverſiæ vel cauſæ (ea enim apud prætorem agebatur *L. 2. de in jus vocan.*) genus formaret, & quodammodo agẽdi poteſtatem daret: non quidem purè, ſed ſub exceptione *extra quàm ſi pactus ſit ne peteret* judicium concipiebat. Nec enim actionem denegare audebat prætor,

tor, ne apertè legis authoritatem convellere videretur.

De pacto nudo & ſponſione. 3

EX nudo pacto non naſci actionem ſcribit Ulpianus, & nudi quidem appellatio ſic intelligitur, quaſi ſolum atque ſimplex ſit pactum: ideoque & nudum dici poteſt, quod ſine ſtipulatione eſt, ut conſtitutum. §. *De conſtituta. inſt. de act.* Memini enim Pauli juriſcõſulti *recepta ſenten. Libr. 2, titu.* 14. interpretem nudum pactum ſic aliquando explicaſſe, ut verius ſit non nudum appellari, quod vel ſtipulatione, vel traditione ſumit effectum. quodcunque enim ſit in rerum traditionibus pactum, id valere manifeſtum eſt. *L. Diviſionis placitum. L. in traditionibus. de pac.* Et Paulus *lib. 2, recep. ſentent. tit.* 23. *Omnibus pactis* (inquit) *ſtipulatio ſubjici debet, ut ex ſtipulatu actio naſci poſſit.* Quod autem de conſtituto diximus, ſic intelligi nolumus, ut ex conſtituto tanquam

pacto

Digitized by Google

plura facta: Idem Pomponius libro decimo notat. Sic ego legendum arbitror, atq; ita in vetuſtiſsimis codicibus non ſolùm manu ſcriptis, ſed etiam Venetiis excuſis ſcriptum inveni: non ut in vulgaribus libris: *ſed hoc poteſt dici, ſi dolo malo, &c.* Et certè hæc verba ad proxima quæ ex Octaveno refert Paulus, reſpicere non poſſunt. Sic enim ea interpretari oporteret, ſuccurri domino, ſi dolo malo ipſe curaverit. Ea igitur ad ſuperiora referemus, ut de familia quæ cõſilium corrumpendi albi dedit, intelligantur: ut edictum quidem locum habeat, niſi familia dolo malo curaverit, &c. hæc autem verba, *Octavenus hic quoque domino ſuccurrendum ait,* parentheſi claudentes ſic interpretabimur, ut ſenſerit Octavenus hîc, id eſt in hac poſteriori ſpecie, ſcilicet ſi plures ſervi damnum dederunt, domino ſuccurrendum eſſe. Satis enim conſtat *hic* particulam ad proximiora referri, ſi duo vel plura ſint quæ proponantur.

De pa-

DE PACTIS.

CAPVT IIII.

Pacti definitio & diviſio, ad cap. 1. de pactis. 1

PActum eſt duorum pluriumvè placitum & in idem conſenſus. *Hac l. & l. 3. de pollic. Theoph. §. fin. de oblig. inſt. lib. 3.* Quicquid autē inter aliquos convenerit, pactum dicendum nō eſt: ſed conſenſus ad dandum faciendumve adſtringens pactionem parit, ut alter alteri ſaltem natura obnoxius fiat: atque ad ea quæ inter eos placuerunt, ſervanda obligetur. Latiſsima eſt igitur pacti ſeu pactionis (pro eodem enim uſurpantur) appellatio. Nam ſi quid inter ſe pepigerunt homines, ſi quid inter eos convenerit ex pacto (inquit Cicero in veteribus Rhetoricis) jus eſt. Et quidem Ulpianus pactionem atque pactum (quæ conjugata ſunt) pro eodem accipi diſertè oſtendit

Digitized by Google

L. Iuriſgentium. L. ſi unus. L. ſi cum fundum. L. Contra iuris civilis. de pactis. & aliis, in quib. nunc pactum aut pactum conventũ nudumve, nũc pactio vel pactio nuda dicitur. Hîc enim pactionem eſſe dicit duorum pluriumve in idem placitũ & conſenſum: alibi verò *L. 3. de pollic.* pactum appellat duorum conſenſum atq; conventionem. Nec movet quod à nonnullis ſcribitur, plenam abſolutámq; pacti definitionem eam nõ eſſe, ſed generi unam tantum differentiam addi, qua oſtendatur quid inter pactum & pactionem interſit. Nam quicquid ſit cõſtat certè pactionis definitionem pacto convenire. Quòd autem pactio latius pateat, nunquàm probatum eſt. Et quod ab Ulpiano ſcribitur pactum à pactione dici, unde etiam pacis nomen appellatum eſt: ex Celſi conſilio *L. Scire leges. de legib.* intelligendum videtur, ne verba captemus, ſed eorum ſenſum inquiramus. Quis eſt enim grammaticorum (quorum muneris pars maxima in etymologiis tota eſt) qui pa-

ctum

ctum & paçem à pactione derivari (ſic enim loquuntur) exiſtimet? Vult igitur juriſconſultus pactum ex eo nomen accepiſſe, quòd pactio fiat inter aliquos: unde & pacis nomen appellatum eſt, quia paciſcentes conciliantur. Sæpe tamen *Titu. de pact. Dig. & C. l. lecta. Si cert. pet & al.* pactum, ut etiam conventio, eam ſignificat pactionem, cui & cauſa & nomen deeſt. Pactum in duo genera cum Cicerone *lib. 2. ad Heren. & libr. 2. de inven.* & juris conſultis diducimus. Illud enim eſt vel conventum, vel juſtum ſeu legitimum. Hæc Ciceronis verba: *Pacta ſunt, quæ legibus obſervanda ſunt, hoc modo, Rem ubi pagunt, oratione pagunt. Sunt item pacta quæ ſine legibus obſervantur ex conventu, quæ juri præſtare dicuntur.* Pactum igitur conventum eſt quod ſine legibus ex ſolo conventu obſervatur: ipſumque ideo nudum vocant, quia legis auxilio deſtitutum, nudæ innititur conventioni,

atque in ſolis placiti finibus conſiſtit, nihil habens negotii. *L. Solent. de præ. ver. L. Si tibi. C. Locati.* Ita enim pactum conventum accepiſſe juriſconſultos, multis ex Pandectarum locis colligere eſt. Ita Ulpianus lib. 4. ad edictum accepit. *L. Iuriſgentium.* Cum enim dixiſſet nudam pactionem formare actionem, ſubjecit, ſolere nos dicere pacta conventa ineſſe bonæ fidei judiciis. Atque ita & cæteri. *L. Et hæredi. & alibi de pac. L. Pacta conventa. de cont. empt.* Quod enim Ulpianus nuda conventione pignus contrahi dixerat. *L. 1. de pignor. act.* contrahi hypothecam per pactum conventum ſcripſit Caius *L. Contrahitur. de pigno. & hypot.* Sed & Cicero lib. 2. de Orat. ait: *At verò in foro tabulæ, teſtimonia pacta conventa, ſtipulationes, cognationes, affinitates, &c.* Aliud autem pactum juſtum appello, quaſi ſuis numeris abſolutum, adeoque firmum, ut ipſo jure valeat. Eadem nanque à juriſconſultis ſignificatione legitimum atque juſtum dici pactum ſentio.

Digitized by Google

tio. Scribit enim Paulus *L. Stichum aut Pamphilum.* §. *Naturalis. de ſolu.* naturalem obligationem juſto pacto ipſo jure tolli. Cujus ego reſponſum de legitima intelligo conventione, quę etiam juſta appellatur, *L. Tale pactum. L. Epiſtola. hoc tit.* quaſi legibus conſentanea, omninoq́; ſervanda. Is enim ipſe Paulus lib. 3. ad edictum, *L. Legitima. eo.* ex pacto naſci vel tolli obligationē ſcripſit, quoties lege vel S. C. adjuvatur. Hujuſmodi autem pactum legitimum appellat, quia lege aliqua confirmatur. Et nulla quidem ipſo jure diſſolvitur obligatio, niſi pactione legitima: licet naturalis obligatio quæ æquitatis ſuſtinetur vinculo, exceptione tollatur. Ideoq́; Paulus eodem ad edictum libro, *L. Si unus.* §. *Pactus ne peteret. eo.* prius pactum per poſterius elidi ipſo jure negat, ſicut ſtipulatio per ſtipulationem tollitur. Huc pertinet quod Paulus *L. 3. §. De illo. pro ſocio.* juſtam hæreditatem legitimam interpretatur: & Iulianus *L. Si quis cum debitore. de jureiur.* juſtam conventio-

C 5 nem

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google

nem eſſe ſcribit, ſi quælibet cauſa in cō-
ditione jurisjurandi deducta fuerit, cujus vim eam eſſe reſpondit, ut non ſolùm jurisjurandi exceptio dari debeat. ſed etiam ſolutum repeti poſsit. Eſt etiam illud obſervandum, quod is ipſe Iulianus lib. 15. Digeſtorū *L. cum emptor. de reſcinden. vendit.* ſcribit, In emptionis contractu, ſi res ſecuta fuerit, niſi juſta conventio intervenerit, actiones ex empto & vendito manere: cùm prius dixiſſet emptionem nuda conventione diſſolvi, ſi res ſecuta non fuerit.

De Vi pacti, ad cap. 27. de pactis. 2

EAm non eſſe pacti vim conſtat, ut ipſo jure actionem tollat, ſed per exceptionem elidat. Si enim cum creditore pactus ſit debitor, ne à ſe pecunia petatur, nihilominus obligatus manet, atque efficax adverſus eum competit actio, juſtumque eſt obligatum dare facere. Quia verò contrà pactionem condemnari eum iniquum eſt: pacti conventi

venti exceptione, cõſiſtens ipſo jure ob ligatio diſſolvetur. §. *Præterea. inſtitut. de except.* Poſtea verò ſi cum debitore pactus ſit creditor ut peteret: prius pactum per poſterius nõ quidem ipſo jure, ſicut ſtipulatio per ſtipulationem tollitur, ſed replicatione eliditur exceptio: quia in ſtipulationibus jus continetur: in pactis factum verſatur. Et ipſo quidem jure elidi obligatio dicitur *Arg. l. ſi tibi. de pact. & l. ſi noxale. de nox. act.* quæ ex juris forma, & ſine ulla exceptionis ope tollitur: ut à Prætore actio, ſi petatur, deneganda ſit. Nam jure civili, ac populi Romani legibus, certi obligationum tollendarum modi comparati ſunt, ut ſolutio, ſtipulatio, acceptilatio, novatio. *Tit. inſtit. Quib. mod. tolli. oblig. l. Obligationum. de obligat. & act.* Itaque in ſtipulationibus ineſt juris vinculum: quod ut neceſsitate adſtringit, ſuumque effectum ſine adventitio aliquo auxilio ſortitur: ita per ſe obligationem ex priori contractu proditam diſſolvit. In pactis

verò

verò nulla hujuſmodi continetur obligatio, ſed ſola conventio: ipſumque adeò contrahentium factum verſatur. Illa enim neq; approbantur, neque reprobantur jure civili. Prætor autem qui ſeſe pactum ex bono & æquo ſervaturum edicit, non quidem ejus nomine actionem pollicetur, verùm exceptionem ex vi naturalis obligationis quæ pacto ineſt, productam non ſinit extingui: cujus ope diſſolvitur obligatio. Nam & prætoriis exceptionibus (inquit Cicero) *Lib. 2. de inven.* multæ excluduntur actiones. Cùm igitur ad prætorẽ actor juris experiundi cauſa reum vocaret, iſque actoris poſtulatione (quam vulgò intentionem appellant) rei verò exceptione audita controverſiæ vel cauſæ (ea enim apud prætorem agebatur *L. 2. de in jus vocan.*) genus formaret, & quodammodo agẽdi poteſtatem daret: non quidem purè, ſed ſub exceptione *extra quàm ſi pactum ſit ne peteret* judicium concipiebat. Nec enim actionem denegare audebat prætor,

gor, ne apertè legis authoritatem convellere videretur.

De † pacto nudo & ſponſione. 3

EX nudo pacto non naſci actionem ſcribit Ulpianus, & nudi quidem appellatio ſic intelligitur, quaſi ſolum atque ſimplex ſit pactum: ideoq́ue & nudum dici poteſt, quod ſine ſtipulatione eſt, ut conſtitutum. §. *De conſtituta. inſt. de act.* Memini enim Pauli juriſcōſulti *recepta ſenten. Libr.* 2, *titu.* 14. interpretem nudum pactum ſic aliquando explicaſſe, ut verius ſit non nudum appellari, quod vel ſtipulatione, vel traditione ſumit effectum. quodcunque enim ſit in rerum traditionibus pactum, id valere manifeſtum eſt. *L. Diviſionis placitum. L. in traditionibus. de pac.* Et Paulus *lib.* 2, *recep. ſentent. tit.* 23. *Omnibus pactis* (inquit) *ſtipulatio ſubjici debet, ut ex ſtipulatu actio naſci poſsit.* Quod autem de conſtituto diximus, ſic intelligi nolumus, ut ex conſtituto tanquam

pacto

Digitized by Google

pacto geminato actio detur. Non eſt e-nim conſtitutum pactum hujuſmodi nudum, ut ſuprà declaravimus, ſed ex prætoris juriſdictione ſubſtantiam ca-pit: ut Ulpianus lib. 55. ad edictum ex-plicat; ex cujus, ut nec ex aliorum ju-riſconſult. ſcriptis, *Tit. de conſtituta pecu-nia.* nullum de hujuſmodi geminatione verbum colligi poteſt. Neque verò probabilius eſt ex pacto nudo actio-nem naſci propter ſenatuſconſultum & legem Titiam & Corneliam de alea-toribus, & iis qui in iis rebus ſponſio-nem faciunt, quæ virtutis cauſa fiunt. *L. 2. & 3. de alea.* Quanvis enim ſena-tuſconſultum vetuit in pecuniam lude-re, præterquam ſi quis certet diſco vel pilo jaciendo, currendo, ſaliendo, lu-ctando, pugnando, quod virtutis cauſa fiat: non tamen actionem civilem in-duxit, ex qua, pecunia propter hæc lici-ta exercitia promiſſa peteretur. Multa enim conceduntur, quorum tamen no-mine actio non eſt prodita, *L. Si quis. de relig. & ſumpt.* Ideoq; in iis ex lege Titia

&

Digitized by Google

& Cornelia permiſſum eſt ſponſionem facere. Sponſionis autem verbo ſtipulatio intelligitur: *L. Sponſio. de ver. ſignific.* Atque ita Cicero in oratione pro Quintio ſcribit: Sponſionem facere maluit, fecit: Te judicem C. Aquili, ſumpſit: ex ſponſo egit. Aſconius Ped. *in 3. contra Ver. orat.* Rurſus ſponſione (loquitur de vindiciarium lite) ipſe provocatur ab adverſario certæ pecuniæ, aut æſtimationis, quam amittat, ni ſua ſit hęreditas de qua cõtendit. Impp. Theodo. Arca. & Hono. de aulicorum ſuffragio reſcribentes *Tit. 3. lib. 4. Cod.* ajunt: ſi qui deſideria ſua explicare cupientes, ferri ſibi à quoquam ſuffragium poſtulaverint, & ob referendam vicem ſe ſponſione conſtrinxerint, id eſt, ſtipulatione obligaverint: neque enim hoc reſcriptum de advocatorum poſtulatione, neque de nudo pacto intelligendum eſſe cum Alciato exiſtimo.

DE

DE SERVITVTIBVS.

CAP. V.

Ad † cap. 9. de ſervitut. 1

SCribit Celſus, *ſi cui ſimpliciter via per fundum cujuſpiam cedatur vel relinquatur, in infinito videlicet: per quamlibet ejus partem ire agere licebit: modò civiliter.* Ait verò Paulus: *L. ſi via. 26. de ſervit. ruſt. prædio. ſi via, iter, actus, aquæductus legetur ſimpliciter per fundum, facultas eſt hæredi, per quam partem fundi velit, conſtituere ſervitutem, ſi modò nulla captio legatario in ſervitute ſit.* Quare videtur Celſus legatario, Paulus autem hæredi eligendi facultatem dare, ſi non ſit definita & determinata ſervitus. Sunt qui exiſtiment legata ſimpliciter ſervitute viæ, itineris, &c. electionem hæredi eſſe per quam partem fundi velit eam conſtituere. Quòd ſi hæres eligere aut nolit

aut

aut negligat, legatario per quamlibet fundi partem ire agere licebit. Sed cum I. C. nullum de hujuſmodi recuſatione vel negligentia verbum fecerint, verius videtur nihil referre, utrius ſit electio ſervitutis in fundo definiendæ, dummodo ſi hæres eligat, id ſine captione legatarii fiat. Sin verò legatarius, civiliter id faciat, & ſine ſervientis fundi detrimento.

Differentia † itineris, actus & viæ. Ad cap. 13. de ſervitut. 2

VLpiani verba referens Iuſtinianus, ait: *Iter eſt jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus eſt jus agendi vel jumentum, vel vehiculum. Ita qui habet iter, actum non habet: & qui actum habet, & iter habet, eoque uti poteſt etiam ſine jumento. Via eſt jus eundi, & agendi, & ambulandi.* Cùm multæ ſint inter hujuſmodi ſervitutes differentiæ, ea videtur maxima, quæ ex definitionibus colligitur. Iter enim eſt

quo quis pedes vel eques commeare poteſt. Actus verò, ubi & armenta trajicere, & vehiculum ducere licet. *L. Inter actum, de ſerv. ruſt.* Via & iter & actum in ſe continet: atque utriuſq; definitionem recipit ac complectitur: ut quod dicimus eum qui actum habet, & iter habere, non ex vi & proprietate verbi, ſed ex veriſimili paciſcentiũ voluntate, vel potius interpretatione intelligendum ſit. Quis enim agere vel jumentum vel vehiculum poteſt, niſi ipſe eat? Probare autem non poſſum quod ſcripſit Alexander ab Alexandro *Lib. 2. genial. die. cap.* 20. iter eſſe jus eundi per fundum alienum hominis tantũ: actum hominis & jumenti: viam verò, hominis, jumenti, & vehiculi. Conſtat enim & ex iis quæ diximus, & ex Paulo *L. Qui ſella. de ſervit. ruſt. præ.* jus agendi vehiculum actu contineri. Ille tamen in noſtrorum jureconſultorum libris, quo ſe tueatur habet. Scribit enim hîc Pomponius, *Si tam anguſte loci (demonſtratione facta) via concesſa*

fuerit,

Digitized by Google

fuerit, ut neque vehiculum, neque jumentum eà inire poſſit: iter magis quàm via aut actus acquiſitus videbitur. Sed ſi jumentum per eam duci poterit, non etiam vehiculum, actus videbitur acquiſitus. Sed hæc ita intelligenda ſunt, ut etiam ſi vehiculum agi non poſsit, actus tamen conſtitutus videatur, ſufficiatque ut duci ſolum jumentum queat. Ideoq; & in definitione uſi ſunt & juriſconſulti, & Iuſtinianus diſiunctionis particulis. Sunt & aliæ inter illas ſervitutes differentiæ. Nam lege duodecim tabularum certus viæ modus præſcriptus ac definitus eſt, ut ejus latitudo in porrectum octo pedes habeat: in anfractum, id eſt, ubi flexum eſt, ſedecim. *L. Viæ. de ſervi. ruſt. præd.* Poteſt tamen (ut inquit Paulus *L. Via. illo tit.*) conſtitui vel latior octo pedibus, vel anguſtior: ut tamen eam latitudinem habeat, qua vehiculum ire poterit. Verùm latitudo actus itineriſq; ea eſt, quæ demonſtrata eſt. Quod ſi nihil dictum eſt, hoc ab arbitro ſtatuendum eſſe,

D 2 inquit

Digitized by Google

inquit Iabolenus: *L. Certo generi.ill.tit.* qui licet dicat legitimam deberi viæ latitudinem, ſi ea dicta non ſit: dicendum tamen non eſt præſcriptum non eſſe jure civili modum, cùm ita ſit certus & definitus, ut ſi alius pactione cõſtitutus nõ ſit is ipſo jure, ac ex lege debeatur, ſine ulla arbitri determinatione. *L. Qui ſella.illo titu. L.Ergo. de ſervit. ruſtic.præd. Inſtit, tit.de ſervit. L. Qui in aliena.§.fin. de neg.geſt.* Aliam Paulus differentiam explicat lib. 39. ad edictum. *L. Vnus ex ſociis.§. quamvis.de ſervit. ruſtr.pr.*

Ad† cap. 14. de ſervitutibus. 3

PRædiorum gratia ſervitutes conſtitui, nec ultrà concedi poſſe quàm quatenus ad fundum opus ſit, conſtat. Ideoque ipſis prædiis inhærere & deberi, non perſonis, dicuntur, eo quòd ſine prædiis conſtitui nequeant. Servitus enim jus eſt atque qualitas prædio accedens. *Arg. L. Quid aliud. de ver.ſign. L. penul. de evic.* Ea autem res eſt incorporalis.

Digitized by Google

poralis, qua nullus tam continenter tamque perpetuò uti poteſt (uſus enim poſſeſsionis loco habetur *L. quoties via. de ſervit.*) ut nullo momento ejus interpellari videatur poſſeſsio. Non eſt igitur mirum ſi longo tempore nō acquirantur, cum ſine poſſeſsione uſucapio contingere non poſsit, *L. Sine poſſeſ. de uſucap.* reſque incorporalis nec poſſeſſionem nec uſucapionem recipiat. *l. Servus. de acqu. rer. dom.* Ejus tamen poſſeſsionem habet qui corpus cui accedit poſsidet. *L. Si ædes. 32. §. Libertas. de ſerv. urba. præd.* Itaq; Ulpianus nunquam per ſe ſervitutes, ſed cum ædificiis uſucapi poſſe ſcribit. *L. ſi aliena. 10. §. hoc iure. de uſuc.* Et Scribonia quidem lege ſervitutum uſucapio ſublata eſt. *L. Sequitur §. ult. de uſucap.* Quare Paulus nec poſsideri jura incorporalia, nec quem à via mero jure expulſum videri reſpondit. Verùm ſervitutis libertatem ipſo jure uſucapi poſſe ſanctum eſt. Nam ita fundus ſuo juri reſtituetur, quem liberum à ſervitute poſsi-

 demus.

Digitized by Google

demus. Utilitatis autem gratia receptum eſt, ut qui ſervitute diuturno & legitimo, hoc eſt decem inter præſentes, vel viginti inter abſentes annorum tempore nec vi, nec clam, nec precario ab alio uſus ſit; eam ipſe quaſi jure impoſitam uſucepiſſe videatur. *L. Si quis diuturno. Si ſerv. vind. L. 1. §. ultim. de aqu. plu. arc. l. apparet. de itin. actuq́ priv. L. 2. C. de ſervitut. & aqua.* Et hoc quidem acquiſitionis genus quaſi uſucapio dicitur, cujus nomine quaſi actio id eſt utilis prodita eſt. Ut verius ſit legem Scriboniam quæ ſervitutum prohibuit uſucapionem, ſubtili illa ratione quòd poſsideri non poſsit res corporalis, prudentum interpretatione correctam fuiſſe. Sed quicquid ſit, tota hæc controverſia Iuſtiniani conſtitutione deciditur. Is enim cenſuit ut omnes ſervitutes non utendo amittantur, non biennio (quod uſum & authoritatem fundi eſſe lex juſſerat *Cicer. pro Cecinna & in Topic.*) ſed decennio contra præſentes, vel viginti annorum

ſpacio

ſpacio contra abſentes: ut in omnibus rebus hujuſmodi cauſa ſimilis ſit, exploſis differentiis. *L. Sicut. C. de ſervit. & aqua.* Quamvis autem juriſconſulti ſimpliciter tempus lege definitum ſtatutum, conſtitutum, longum, diuturnum, legitimum dicant, hæc tamen verba ex Iuſtiniani conſtitutionibus interpretationem capiunt, quod & ipſe Triboniano reſcripſit: *Conſtit. 1. ad Trib.* Quamobrem ea nobis non placet diſtinctio qua ſervitutes quaſdam continuas, quaſdam verò diſcontinuas eſſe traditur. Nam (ut eleganter à Longovallio ſcriptum eſt) omnes omnino ſervitutes perpetuam cauſam, hoc eſt (mea ſententia) naturalem conditionem ac materiam quæ ad ſervitutis uſum ſemper idonea ſit, habent, adeo ut licet aſsiduè continenterque iis non utamur, ſic tamen ſubſiſtant, ut natura perpetuò duraturæ ſint. *L. foramen. de ſervit. urb. præ.*

Ad † L. Si priuſquam. de oper. no. nuntiatione. 4

SI quis vicino ædificanti jus non eſſe altius ædes tollere intendat, nec res ab eo defendatur: hunc prius ultro agere jus ſibi eſſe invito adverſario altius tollere, quàm ædificet, neceſſe eſt. Contrà ſi quis ædificans fortè prohibeatur à vicino, ideoque jus ſibi eſſe agat, adverſarius verò cõtumax nõn defendat, hic non prius ædificantem, ne novum faciat opus prohibebit, quàm de jure ſuo probaverit. Duo igitur Africanꝰ ſervitutum genera attingit. Ad quorum unius perſequutionem cõfeſſoria competit actio, qua ædificans jus ſibi eſſe altius ædes tollere intendit. Altera verò ſervitus negativam parit actionem, qua jus ædificanti nõ eſſe altius ædes tollere adverſarius agit. Et hæc duo ſervitutum genera cum Iuſtiniano §. *Aeque. de action.* & jureconſulto recipimus: cætera quæ effinxere nonnulli, omnino rejicentes. nec enim jure-

jureconſultus dixerit negativam eſſe altius tollendi ſervitutem affirmativis conceptam verbis,& altius non tollendi confeſſoriam negativis expreſſam verbis. Si enim cujuſque ſervitutis non verba tantùm, ſed vim quoque inſpexeris,conſtat unam eò pertinere,ut jus tollēdi altius invito vicino competere nobis,eumq́; pati debere,quod alioqui pati non tenetur,intendamus: alteram verò ut jus vicino tollendi altius nullū deberi,eumq́; ne id faciat quod alioqui facere poſſet,contendamus. Eſt igitur actio illa confeſſoria, hæc autem negativa. Ea enim eſt ſervitutum natura(inquit Pomponius *L. Quoties.de ſervitut.*) ut patiatur quis,aut non faciat aliquid. Et Ulpianus; *L. 2. Si ſervit. vindic. De ſervitutibus,in rem* (ait) *actiones competunt nobis* (*ad exemplum earum quæ ad uſumfructum pertinent*) *tam confeſſoria quàm negatoria. Confeſſoria ei, qui ſervitutes ſibi competere contendit: negatoria domino,qui negat.*Sed & idem Ulpianus confeſſoriam fructuario cōpetere ſcri-

bit, qua uti frui jus ſibi eſſe intendat: proprietatis autem domino dari negativam, qua neget invito ſe jus eſſe utendi fruendi fructuario. *L. uti frui. Si uſusfru. peta.* Quare de ſervitutibus diſputat Africanus noſter: & ea verba, *ut de jure ſuo probare neceſſe haberet*, de ſervitute, non autem de libertate intelligenda eſſe arbitror. Sunt enim jura ſervitutes. *Titu. inſt. de reb. corp. l.* 1. *de ſervit. urb. præ. l. Quid aliud. de verb. ſig.* Atque ut hæc ſervitutum genera intelligantur, quorum explicationem nõ ex ipſis interpretibus, verùm ex jureconſulto didicimus: notandum eſt pactionibus, ſtipulationibus, & teſtamento conſtitui ſervitutem poſſe. *Tit. inſt. de ſervit. L. poteſt. & al. Commun. præd.* Et obligationis quidem natura in eo non conſiſtit, ut ſervitutem noſtram faciat, ſed ut alium nobis ad eam præſtandam obſtringat. *L. Obligationum ſubſtantia. de oblig. & action.* Alia igitur eſt natura actionis in perſonam, quæ illius nomine prodita eſt, alia in rem

Digitized by Google

rem actionis, quæ propter eam compe-tit. Hac enim jus nobis acquiſitum vindicamus, illa verò dare adverſarium oportere ſervitutem intendimus. Altius tollendi ſervitutem eſſe à juriſconſulto ſcriptum eſt, *L.* 1. *de ſervitu. urb. præ. Theoph. Inſtit. tit. de ſervi.* qua quis vicini luminibus ædes ſuas tollendo officere jus habet. Si quis enim dirutum ædificium velit reficere, prioris ædificii formam ac ſtatum mutare, vel altitudinem excedere, ut vicini luminibus officiat, non poteſt. Sed nec ædificans, altius non tollendi ſervitutem debet. ſi tamen extollendo vicini luminibus officere, aliudve contra jus commodum facere velit, ſciat ſe formam ac ſtatum antiquorum ædificiorum cuſtodire debere, ne altitudinis conſuetæ vel ſtatuto præfinitæ modum excedat. Sic enim Ulpianum *L. Cum eo l. Qui luminib. de ſer. urb.* ſenſiſſe exiſtimamus. Nā licet & natura, & jure ædificiū extollēdi cuiq; ſit libertas, *l. fin. de ſer. l. fi. §. pē. Quod vi aut clā. l. Altius. C. de ſer. & aqu.*

ca

ea tamen cohibita eſt licentia, ut extruere ædes ſuas ultra veterem formam ac ſtatum invito adverſario nullus poſſit. *L. 1. C. de ſervit. & aqu. l. 1. C. de ædif. priva.* Ideoq; ipſi vicino; officiente eo qui ædificat, negativa competit actio: qua jus illi nullum eſſe altius tollere intendit. Verùm & multis aliis modis hęc altius non tollendi ſervitus conſtitui poteſt, & futuro etiam prædio imponi, ne id præſcriptam ac definitam excedat altitudinem. *L. Si ſervitus. 23. §. futuro. de ſerv. urb. præd.* Itaque ut ad illud ſervitutis genus quod in cõtroverſia poſitum eſt, noſtra revertatur oratio: poteſt ſervitus prædio acquiri, cujus domino altius ædes tollendi atque vicini vel inviti luminibus graviore ſervitute officiendi jus erit: ad quam perſequendam confeſſoria in rem cõpetit actio, qua actor confitetur, id eſt, aſſerit ſibi jus eſſe invito adverſario ædes ſuas altius tollere: quod Iuſtinianum ſcripſiſſe. Quamvis hæc ipſa altius tollendi ſervitus latiſsimè pateat. Si enim tuis

ædes

Digitized by Google

ædes meæ ſervitutem non tollendi ne luminibus tuis officiam debeant. atque ea pactionibus aliove modo perempta ſit, aut certè (exempli cauſa) ad decem pedes remiſſa: nunc ſi ædificantem me illius (peremptæ tamen aut ex parte remiſſæ) ſervitutis iure prohibeas, cōpetit in rem actio confeſſoria, qua in libertatem ædes meas aſſerens ius mihi eſſe altius tollendi agam. Huc pertinet in non diſsimili ſpecie Ulpiani reſponſum. *L. loci corpus. §. Competit autem. Si ſer. vindice.* Cum ego cuius ædes non in totum liberæ ſunt, Sempronianis non tollendi ſervitutem deberem, meoque prædio Seianæ vicinæ eſſent; quarum dominus ſuis quoque ſervitutem deberi ratus altius me tollentem prohibuerit: in rem actione experiar, qua ius mihi ædes altius (quantum ad Seium pertinet) tollendi, eaſque eſſe liberas intendam. Et tum quidem hæc actio licet aſſerendæ libertatis cauſa inſtitui videatur, eſt tamen pro ſervitute confeſſoria. Quamvis autem apud Iuſtinia-

num

num eruditi & ingenioſi quidam viri, inter quos eſt noſter Hotomanus (quē honoris cauſa nomino) ex hac poſteriori interpretatione, illam ipſam altius tollendi ſervitutem explicent: eorum tamen authoritas à mea ſententia I.C. reſponſis confirmata me nullo modo avocat.

De † ſervitute proſpectus. Ad cap. 14. de ſervitut. urbano. præd. 5

INter ſervitutes ne luminibus officiatur, & ne proſpectus offendatur, aliud & aliud obſervari ſcribit Ulpia. quòd in proſpectu plus quis habet, ne quid ſcilicet officiatur ad gratiorem proſpectū & liberum: in luminibus autem, ne lumina cujuſquam obſcuriora fiant. Et Iabolenus: *L. Aedificia. eo. Aedificia, quæ ſervitutem patiuntur ne quid altius tollatur, viridaria ſupra eam altitudinem habere poſſunt. At ſi de proſpectu eſt, eaq́ obſtatura ſunt, non poſſunt.* Sed videamus quæ ſit hujus ſervitutis vis. exploſa enim eſt corū ſententia, qui hanc eſſe

jus

Digitized by Google

Jus aſpiciendi in alienas ædes exiſtimāt. Scribit enim Harmènopulus *lib.* 2. *Epito. jur. civil. tit.* 4. curioſos quoſdam ac invidos eſſe, qui conentur ædificantes prohibere, ne ex ſuo ædificio aſpectum (ſic enim interpretamur, non proſpectum) in vicinos faciant: cùm de ea re nulla fiat in legibus mentio, neque ex vetuſtis ædificiis deprehendamus majores noſtros hanc reputaſſe injuriam. Videmus enim omnes ferè dixerim domos in ſe mutuò aſpicere. Pertinet autem hæc ſervitus, ut ita nobis in patentia & exporrecta loca liberè proſpicere liceat, ne quis facere quicquam poſsit quo proſpectus ille offendatur. hinc enim dicta eſt, tanquam procul aſpiciendi: de qua tres fuiſſe legess maris, hortorum, & ſcripturæ publicæ: atque indefinitè hactenus ædificantibus propoſitas ſcribit idem Harmenop. eaſque copioſè explicat.

De † operis novi nuntiatione, ad L. Qui viam. de oper. no. nuntiatione. 6

Scribit

SCribit Ulpianus *l.* 1. *de remiſsion.* eum ius habere novum opus nuntiandi, qui aut dominium aut ſervitutem habet: nec diſtinguit an ea ſit prædii urbani, an verò ruſtici: cum nec certa & firma diverſitatis ratio effingi ulla poſsit. Quocirca is ipſe, *L. inter.* 15. *de ſer. urba. præd. ſi ſervitus* (inquit) *debeatur, opus quoq; ei novum nuntiari poteſt, ſi modò ſic faciat, ut lumini noceat.* Idem *L. Et ſi fortè.* 6. *in fin. Si ſervi. vindic.* de ſervitute oneris ferendi. *Deteriorem ſi faciat: aut per hanc actionem, aut per novi operis nuntiationem prohibetur.* Pomponius: *L. in judicio* 47. *fami. erciſc. Si dum res in arbitrio eſt, de jure prædii controverſia ſit: placet omnes eos inter quos arbiter ſumptus fuit, & agere, & opus novum nuntiare pro ſua quenque parte poſſe.* Neque Paulus noſter diſſentit. Nam ei qui debet ſervitutem, vel in ſerviente loco ædificare licet, modò ædificium illud ſervitutis uſum minimè impediat. *L. ſervitutes.* 20. §. *fin. de ſervit. urb. prædio.* Cùm igitur in re aliena ædificatur

catur, nuntiari nũquam poſſe exiſtimo, niſi opus nuntianti obeſſe appareat. *L. 5.§. Meminiſſe. ver. Aut ſi in ſuo. de ope. no. nunt.* Et ideo ſervitutum nomine (quia illæ in rebus tantum alienis conſtituuntur *L. in re communi. de ſervi. urb. præ.*) tum nuntiari poteſt, ubi probatum erit opus nuntianti nocere: quod fiet cum de ſervitute conſtituta docebitur. Alioqui ſi ante ſervitutis vindicationem nuntiaverit quis, nihil aget, nec valebit (ut Paulum noſtrum ſenſiſſe arbitror) nuntiatio, tanquam in re aliena facta. Is enim ipſe alio loco *l. ſi eo loco. 9. ſi ſervit. vendic.* ſcribit: *Si eo loco per quem mihi iter debetur, tu ædificaveris: poſſum intendere jus mihi eſſe, ire, agere. Quod ſi probavero, inhibebo opus novum. Idem Iulianum ſcripſiſſe, ſi vicinus ædificando in ſuo effecerit, ut ne ſtillicidium meum reciperetur, poſſe me agere de jure meo, id eſt, jus eſſe mihi immitendi ſtillicidium, ſicut in via dixerat,* hoc eſt, ut ſi probavero, poſsim inhibere novum opus. Probata igitur (ex Iuliani ſenten-

Digitized by Google

tia *L.* 1 .§. *Item Iuliano.de remiſſ.*) ſervitute, domino ita ædificanti ut ſervituti noceat, aut illam prorſus tollat, novum opus nuntiari poteſt. Ante verò ſervitutis probationem, prædii domino nūtiari nunquam poteſt: *L.de pupillo.§. Sextus Pædius. de novi op. nunc.* & ſi quis nuntiet, nihil agit, id eſt opus novum non inhibet: *L.* 2. *de oper. no. nuntia.* verùm actione cōfeſſoria ſervitutem vindicare non prohibetur. Huc pertinet quod Africanus in eo reſponſo ſcribit de quo ſupra diximus. *L. Si priuſquam. eo.* Is adverſus quem negativa intenditur actio, eo quòd non defenderit: non prius ædificabit, quàm ultrò egerit jus ſibi eſſe invito adverſario altius tollere. Nam in contumaciæ pœnam hactenus punitur, ut actoris partes ſuſtineat, nec prius ædificet quàm de jure ſuo probaverit. Itaque ſi rem defendiſſet, eas judicis partes futuras eſſe non dixiſſet apud Africanum Caſsius, ut eum cū quo agitur, cavere jubeat, non prius ædificaturum ſe, quàm jus ſibi eſſe ædes

ſuas

Digitized by Google

ſuas extollendi ultrò intendiſſet. Quare explodenda eſt eorum ſententia, qui ne videantur aliquid non inveniſſe, *viam ædificare* legendum ſentiunt, ut juriſconſultus de adornatione & apparatu ædificii in via poſiti agere videatur.

An † pignori ſervitutes dari poſsint. 7

SErvitutes conſtituuntur aut per traditionem, aut per patientiam: *L. Si ego emi. Publicia.* ut ſi quis fortè vicinum aliquo jure in ſuo urbano vel ruſtico prædio uti paſſus ſit. Itaque Ulpianus *L.* 1. *de ſerv. ruſtic.* ſcribit traditionem & patientiam ſervitutum inducere officium Prætoris. i. efficere ut Prætor adeatur, qui officium ſuum interponat, hoc eſt actionem det. Pignus autem vel traditione vel nuda pactione contrahitur. *L.* 1. *de pigno. actio.* Verùm ſervitutes cum res ſint (ut diximus) incorporales, nec tradi nec poſsideri ſine prædiis, ideoq́ue nec pignori dari poſſunt.

Digitized by Google

Sed neque ex tempore, neque ad tempus, neque ſub conditione, neque ad certam conditionem, veluti quamdiu pecunia ſoluta non ſit, ipſo jure conſtituuntur. *L.4.de ſervit.* Quæ ratio Martianum *L.Si is qui.*11. *de pignor.* movit ut jura prædiorum (Nam in vetuſtiſsimis Cod. manuſcriptis & aliis ante Haloandri editionem excuſis *urbanorum* deeſt) pignori dari non poſſe, ideoq; nec convenire poſſe ut hypothecæ ſint diceret. Ait tamen ex Pomponii ſententia Paulus *L.Sed an viæ.* 12. *de pigno.* in via, itinere, actu, aquæductu, admittendam eſſe propter utilitatem contrahẽtium, pignoris conventionem: quod etiam in prædiis urbanis obſervandum eſt, cum eadem ratio interveniat. Nam & Papinianus illius generis ſervitutum conſtitutionem quæ ipſo jure non valet, ita recipit, ut per pacti vel doli exceptionem occurri contra placita ſervitutem vindicanti reſponderit. *d. l.* 4. Quare ſervientis prædii dominum ſervitutem & in ſuo fundo conſtituere, &

pignori

pignori dare poſſe conſtat: quamvis is cujus prædio debetur, eandem nequeat pignori dare.

De † *uſufructu difficilis antinomia.* 8

SCribit Ulpinianus *L. Si cujus.* 13. §. *ſi tamen. de uſufru.* uſufructuarium non poſiturũ in fundo ædificium, niſi quod ad fructum percipiendum neceſſarium ſit. Ait autem Neratius *L. uſufructuarius.* 61. *eod.* ædificiũ inchoatum, fructuarium conſummare non poſſe, etiam ſi eo loco aliter uti non poſsit. Permittit quidem ille ad fructus percipiendos conſervandoſque ædificari: hic verò nec inchoatum perfici ædificium vult: cum tamen ipſe libro tertio Membranarum *L.* 44. *eo.* facilius tueri quod accepit, quàm aliud novum facere permittat. Verùm de his ſententiis ita judico, ut poſsit quidem (ex Ulpiniani opinione) fructuarius ſi aliter fructus percipere non poſsit, ædificium vel in fundo ponere, vel inchoatum conſum-

Digitized by Google

mare. Quòd ſi jam cœptum ædificium hujuſmodi ſit, ut ad fructuum perceptionem minimè pertineat: illud (ut Neratio placuit) perficere non poterit: quamvis eo ipſo uti aliter non poſsit, cum alio in loco commodè fructus conſervet.

DE POSSESSIONE.

CAP. VI.

POſſeſsionis inſtitutionem eo jure proditam eſſe conſtat, quo dominia primum diſtincta ſunt. Principio enim res omnes cõmunes omnib. erãt: Et qui pedem aliquo in loco primus poſuiſſet, eum ſibi vindicabat; adeò ut inde expelli nullo modo nec poſſet nec deberet. *Cicer. lib.* 1. *offic.* Nam ſi quis rem ab alio captam invaſiſſet, is jus commune omnium gentium, ipſamq; adeo humanam ſocietatem violaſſe diceba-

dicebatur, ideoque armis verus dominus reſtituebatur. *Ariſt. & hiſtoriog.* Si quando igitur poſſeſſorem abeſſe contingeret, is ſuam animo retinebat poſſeſsionem. Et certè veriſimile eſt eo tempore ſic cum poſſeſsione annexum fuiſſe dominium, ut nõ aliter quis dominus eſſe cognoſceretur, quàm ſi ipſe poſsideret, atque rei corpore inſiſteret. Ideò à juris noſtri authoribus corporalis hæc poſſeſsio dicitur, quam ii quoque habent, quibus nulla eſt dominii opinio, ut ſunt fructuarii, coloni, depoſitarii, & alii plures. *L. Communi. 7. §. Neque colonis. Comm. divid. L. 2. §. Quod vulgo. Pro hær. & L. Naturaliter. de acq. poſ.* Et cùm hæc quidem poſsidendi ratio confuſa illo jure eſſet, ſeſe jus civile interpoſuit, vimq; & confirmationem ei poſſeſsioni addidit: quæ & juſta, id eſt nõ violenta, non clandeſtina, nõ precaria eſſet, & abſolutum (ut inquit Harmenopulus *lib. 2. Epit. jur. civil. tit. 1.*) dominiũ ſibi annexũ haberet. Itaq; Theoph. *Inſtit. de interd.* inquilino, depoſitario,

 com-

Digitized by Google

commodatario naturaliter poſsidentibus, dominum civiliter poſsidere ſcripſit. Illi enim dominãtis animum non habent, ſed aliorum qui dominii opinionem habent, nomine poſsident. Quare poſſumus generaliter poſſeſsionem definire cum Aelio Gallo *apud Feſt. Pompejum.* fundi vel ædificii uſum. Cui ſi addideris ea quæ ex Iaboleno lib. 4. epiſtolarum *L. quæſtio. de verb. ſign.* colliguntur, definitionem perficies: ut ſit poſſeſsio, uſus fundi vel ædificii, aut ut brevivius dicam, rei corporalis à jure vel proprietate ſeparatus. Et hac quidem definitione poſſeſsionis etiam naturalis ſubſtantia breviter & dilucidè (meo judicio) explicatur. Nam & quid uſus verbo ineſſe videtur, quod ſatis detentionis nomen non exprimit: & res incorporales quas non poſsideri diximus, ea excluduntur. Supereſt † ut 2 videamus quomodo poſſeſsionis diviſio à jure conſulto tradita intelligi debeat. Diximus in tit. de jur. natur. gent. & civi. introductas eſſe omnes ex

juregen-

Digitized by Google

juregentium obligationes, eaſq; etiam naturales dici. Sed animadvertendum eſt (quod tum obiter attigimus) ex iis obligationibus quaſdam jus civile approbaſſe & confirmaſſe: quæ ideo civiles appellantur, ut imperator noſter Iuſtinianus *Titu. inſtit. de obliga.* diſertè oſtendit. Aliæ verò quibus vim nullam dedit, & quas in ſua natura omnino reliquit, naturales dicuntur, & in ſuo nomine remanent. Idem de naturali & civili poſſeſsione dicendum exiſtimo. Illa enim jure naturali, hæc verò jure civili (ut ex Pauli & Ulpiniani ad Sabinum libris *L. ſi eum qui. 26. de donat. inter vir. & uxor. l. Stipulatio iſta. 38. §. hæc quoque. de ver. obligat.* colligitur) prodita eſt. Itaque civilis ea erit poſſeſsio, quæ certo jure civili cõprobata eſt, id eſt, certam à jure civili formã accepit, legiſque interpretatione valet. Naturalis autem, quæ neque approbata, neque reprobata eſt à jure civili, ut ea quæ ſolo corpore conſiſtit. Sicque à juris authoribus accipitur: qui cum ſim-

 pliciter

Digitized by Google

pliciter poſſeſsionis meminerunt, eam ſæpius intelligunt, quæ civiles producit effectus: niſi res de qua agitur, aliam exigat interpretationem. Ideoq; Cajus *L. Adquiruntur. in fin. de acqui. rer. domi.* non poſsidere fructuarium abſolutè dixit, cùm de uſucapiẽdo ageretur. Idem de obligatione dici obſervavimus. Et in hac quidem poſſeſsione non tantùm corpus factumque ipſum detentionis, ſed etiam jus conſideramus. *L. Peregrè & L. poſſeſsio. de acqu. poſſeſſ.*

An † ſequeſter poſsideat. 3

SEqueſter dicitur (inquit Modeſtinus *L. Sequeſter.* 109. *de ver. ſignif.*) *apud quem plures eandem rem, de qua controverſia eſt, depoſuerunt: dictus ab eo, quòd occurrenti, aut quaſi ſequenti eos qui contendunt, committitur.* Quam etymologiam noſtro quoque Alciato ob id diſplicuiſſe miror, quòd occurrere & ſequi pro ſimilibus accipiat juriſconſultus: quæ tamen omnino diverſa ſunt. Nec enim is horum verborum vim ſa-

tis

tis intellexiſſe videtur, cùm non diverſa conjungat Modeſtinus, ſed ſequeſtrũ ex eo dici ſcribat, quòd ipſe contendẽtibus occurrat, & quaſi eos ſequatur. Et propriè quidẽ in ſequeſtro eſt depoſitum, quod á pluribus inſolidum certa conditione cuſtodiendum reddẽdumque traditur. *L. proprie. depoſ.* Quare apud Papinianum noſtrum (ſic enim clariſsimum illum juriſconſultum & præceptorem noſtrum Franciſcum Duarenum appellare ſoleo) *Lib. 3. de ſacr. eccleſ. mini. cap.* 10. quæritur an & quomodo ſequeſter poſsideat. Exiſtimat autem ipſe, ſi ea mente ſequeſtratio fiat, ut ipſa poſſeſsio, de qua exiſtit controverſia, dimittatur, ſequeſtrem poſsidere: aliàs cuſtodiam rei tãtum ei commiſſam videri. Sed ſi incertum ſit qua mente id factum fuerit, poſſeſsionẽ in eum tranſlatam minimè interpretaturum ſe dicit: id quod ex Iuliani verbis *L. Intereſſe. 39. de acquir. poſſeſſ.* apertiſsimè colligitur. Quod autem ſcribit Florentinus. *L. Licet. 17. depoſit.* rei depoſitæ

proprie-

Digitized by Google

proprietatem apud deponentem manere, ſed & poſſeſsionem, niſi apud ſequeſtrum depoſita eſt, non rectè ab interpretibus vulgò accipi ait, ſed eum ſibi videri ſenſum eſſe, rei depoſitæ poſſeſsionem apud deponentem manere, niſi ipſa poſſeſsio depoſita eſt, id eſt, niſi res animo dimittendæ poſſeſsionis tradita eſt, ut Iulianus ait. Notavi apud eum, quamvis deponere verbum dimittere aliquando ſignificet, non ſic tamē apud Florentinum interpretari nos poſſe: cum & titulus ſub quo reſponſum ejus legitur, & ipſius verba exigant, ut vulgarē retineat ſignificationem. Notavi quoque etiam ſi Florentinum ſic interpretemur, illum etiam hujus reſponſo ſuam confirmare poſſe ſententiam, ut depoſita dicatur poſſeſsio, id eſt, ut ipſi contendentes ſpecialiter & nominatim poſſeſsionem depoſuerint, nedum rem ipſam, ita ut illam apud ſe remanere noluerint. Ego verò aliter de jureconſultorum reſponſis judico. Sentio enim ſi res, qua de controverſia

ſia eſt, ſive apud judicem, ſive extra judicium, (nam & ex ſola interpellatione antequam lis inchoetur controverſia eſt *L. divus Pius, & l. ſed & ſi lege. de petit. hær.*) apud ſequeſtrum depoſita ſit: niſi expreſſum fuerit cuſtodiæ tantùm cauſa deponi, poſſeſsionem apud eum intelligi depoſitam. Nam ſequeſter ita demum poſsidet, ut neuter interim rem qua de contendunt deponentes, uſucapiat. Id enim agitur ea depoſitione (quæ poſteriora verba Florèntini reſponſo inſerta parentheſi claudenda ſunt) id eſt cùm res apud ſequeſtrum deponitur, is eorum eſt animus, ut ſequeſter poſsideat, nec interim ex litigantibus aliquis uſucapiat. Et veriſimile quidem eſt formulam aliquam & ſolennitatem veteribus fuiſſe in hujuſmodi depoſito obſervari ſolitam.

Ad † cap. 12. in §. nihil commune. de acqui. poſſeſſ. 4

Separa-

SEparata eſt (inquit Ulpianus *L.* 1. *uti poßid.*) *poſſeßio à proprietate. Fieri enim poſſe conſtat, ut alter poſſeſſor ſit, dominus non ſit: alter dominus quidem ſit, poſſeſſor verò non ſit.* Et vindicatio quidem ei competit qui rem ſuam eſſe affirmat, adverſus poſſeſſorem. Si quis hac in rem actione fundũ (exempli gratia) Tuſculanum à poſſeſſore petierit, judiciumq́ue prætor ſuo more conceperit: nunc verò dari ſibi *Vti poßidetis* interdictum velit: Quæſitũ eſt an ei à prætore denegari interdictum deberet. Et reſpondit Ulpianus noſter cauſam proprietatis & poſſeſsionis nihil habere commune, ita ut poſſeſsioni renunciaſſe, ſuumq́ue adverſarium poſſeſſorem eſſe confiteri non videatur, qui rem vindicavit. Daturus eſt igitur prætor interdictum ne is poſſeſsionem amittat, qui prius in rem egerat. Commodum enim in eo poſsidẽdi eſt, quòd etiam ſi ejus res non ſit qui poſsidet, ſi modò actor non potuerit ſuam eſſe probare; remanet in ſuo loco poſſeſſio.

Digitized by Google

ſio. Propter quam cauſam cùm obſcura ſint utriuſque jura, contra petitorem judicari ſolet §. *commodum, inſtit. de interd.* Et certè plures eandem rem in ſolidum poſsidere non poſſunt, nec enim (ut eleganter ſcribit Paulus *L.* 3. §. *Ex contrario. de acq. poſſeſſ.*) id tenere poſſum, quod tu quoque tenere videaris: ſive utriuſque noſtrum juſta, ſive injuſta, ſive mea quidem juſta, tua verò injuſta ſit poſſeſsio. Nam in ſumma poſſeſsionis ſatis eſt poſsidere aliquem: nec inquirimus an juſtè, an verò injuſtè poſsideat: cùm etiam ij qui tenent, & reſtituendi facultatem habent, pro poſſeſſoribus habeantur. *L. Officium. de rei vind.* Ideoque cùm de poſſeſsiōe inter aliquos cōtroverſia eſt & uterque ſe poſsidere dicit, ut in hac noſtra ſpecie, ad interdictum, Uti poſſidetis, veniunt contendentes, in quacunque cauſa, & ſtatu ſit proprietatis quæſtio.

QVOS

Digitized by Google

QVOS BONAE FIdei poſſeſſor fructus ſuos faciat.

CAPVT VII.

B*Onæ fidei poſſeſſor* (inquit Iulianus *L. Qui ſcit. 25. de uſur.*) *in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis prædiorum tributum eſt.* Et Paulus *L. Bonæ fidei. 48. de acquir. rer. domi. Bonæ fidei emptor* (ait) *non dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re, ſuos interim facit, non tantùm eos qui diligentia & opera ejus provenerunt, ſed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini penè eſt:* adeo ut antequam evictionis nomine egerit verus dominus, quo ad percipiendos eos fructus quos ipſe ſevit, bonæ fidei emptor intelligi debeat, etiam ſi prius cognoverit rem alienam eſſe, idq; propter culturam & operam, ut Iulianus ſenſiſſe videtur. Cùm enim prius bonæ fidei emptorem ſeviſſe dixiſſet, rationem ſuæ opinionis ſubjecit, ex qua apparet

ita

ita ut retulimus, ipſum exiſtimaſſe. Inquit enim: *nam & ſervus alienus, quem bona fide emero, tandiu mihi ex re mea, vel ex operis ſuis acquirit, quandiu à me evictus non fuerit*. Hoc autem ea ratione dico, quia Ulp. *L. Sed & ſi.25.§.ſi ante. de petit. hæred.* omnes poſſeſſores pares fieri, & quaſi prædones teneri, cum cœperint ſcire rem ad ſe non pertinentem poſsideri. Et veretur apud Paulum Pomponius, ne non ſit ille bonæ fidei poſſeſſor. Non eſt autem exiſtimandum contraria eſſe juriſconſultorum reſponſa: ſed ipſa ſic cōjungenda ſunt, ut ſeſe mutuò interpretentur. Ob id autem quod Iulianus ait, *cùm evictus fuerit*, de litis conteſtatione interpretatus ſum, quia certum eſt bonæ fidei poſſeſſores poſt litis conteſtationem univerſos fructus reſtituere. *L. certum. C. de rei vind. §. Si verò. Inſtit. de offic. judic.* Poſſem etiam de ſola interpellatione & cōtroverſia intelligere, idque propter Ulpiani authoritatem, ut ad ſolum effectum reſpexiſſe Iulianus videatur. Sed

 ad

ad id quod noſtræ quæſtionis proprium eſt revertamur. Omnes igitur omnino fructus bonæ fidei poſſeſſor ſuos facit, nec juriſconſultos animadverti differentiam inter eos conſtituere qui natura proveniunt, & eos qui noſtra opera & cura quæruntur. Nam & in iis qui ſua ſponte naſcuntur, quædam adhiberi ſolet induſtria, & Iuſtinia. §. *Si quis à non domino, de rer. divi. inſt. lib. 2.* non negat eos bonæ fidei poſſeſsorem ſuos facere, imò ſcribit ipſum, quia fundum colit, fructus ſibi quærere quos percepit: idq́; naturali ratione. Sed & in iis fructibus in quibus multum poteſt induſtria, nõ parum valet natura. Neq; verò mihi placet intereſſe inter emptorem, & eum qui à mera liberalitate cauſam habet: cum & generaliter loquatur Iulianus, & Iuſtinianus emptionis, donationis, cæteraſque juſtas cauſas conjungat.

Ad † *l. fructus. 45. de uſuris.* 2

DIximus bonæ fidei poſſeſſorem omnes

omnes fructus ſuos facere. Pomponius autem noſter ſcribit fructus percipiendo uxorem vel virum ex re ſibi donata, ſuos facere: illos tantum, quos ſuis operis acquiſierit, (veluti ſerendo.) Nam ſi pomum decerpſerit, vel ex ſylva ceciderit, non fit ejus: ſicuti nec cujuslibet bonę fidei poſſeſſoris, quia non ex facto ejus is fructus naſcitur. Et ut Pomponium intelligamus, ſciendum eſt, ſi vir uxori cedat poſſeſsionem cauſa donationis, ipſam natura poſsidere: quoniam res facti infirmari jure civili non poteſt: *L.* 1. *§. Si vir. de acq. poſſeſſ.* ideoque fructus (ut ab Ulpiano *L. De fructib.* 17. *de donat. int. vir.* ſcriptum eſt) lucratur uxor, quanvis improbata ſit à jure hujuſmodi donatio. *L. Si eum qui. & ſim. de donatio. int. vir.* Hîc igitur Pomponius noſter interpretatur quos ex re ſibi donata vir vel uxor vel alius quilibet bonæ fidei poſſeſſor (qui eam ipſam licet contra jus civile donatā bona fide poſsidet) fructus ſuos faciat. Et certè naturalis ratio poſtulat ut quāvis

infirmata ſit ea poſſeſsio jure civili, fructus tamen in quibus percipiendis operam illi & curam poſuerunt, lucrentur, cùm nihil mala fide faciant. Non igitur de omni bonæ fidei poſſeſſore loquitur Pomponius, ſed de eo qui rem uxori à viro vel cõtrà donatam bona fide poſſidet, cui plus juris quàm ipſis conjugibus, tribuendum non eſt.

DE EO QVOD INtereſt, ad novam Iuſtiniani conſtitutionem. C. de ſent. quæ pro eo quod intereſt proferuntur.

CAP. VIII.

QUàm latè pateat ejus quod intereſt appellatio, nõ ignoramus: verum cum ſatis confuſa ſit quæ de propria ejus ſignificatione ſuſcipitur quæſtio nobis viſum eſt ab ea noſtræ interpretationis exordium ducere. Quamobrem id quod intereſt ut à Iuſtiniano noſtro

noſtro cæteriſque juris authoribus ſæpius accipitur, eſt omnino extra rem, & veram ipſius æſtimationem, ſive verum pretium *l. in furti.* 50. *de fur.* id eſt, mea ſententia, non continetur re ipſa, ejuſve cauſa, aut æſtimatione: nec ex iis pendet, ſed extrinſecus venit. Nam id quod intereſt, non eſt ita extra rem, ut omnino ſine re conſiſtat tanquam ſeparatum aliquid & diſtinctum: cum ſatis conſtet ſimplum illud quod in duplo ineſt, *L. Cum ſorte.* 44. *de act. empt.* eſſe vel rem principaliter debitam, vel ejus æſtimationem (ut pleriſque viſum eſt) ipſumque ſimplum venire in computationem ejus quod intereſt: ut præclarè Cajus *L. Liberũ. de religio. & ſump.* (in cujus reſponſo ineptè quidam pro re ipſa id quod intereſt accipiũt) oſtendit. *Liberum eſt* (inquit) *ei qui probibetur mortuum inferre, aut ſtatim interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri, aut aliò inferre, & poſtea in factũ agere: per quam conſequetur actor, quanti ejus interfuit prohibitum non eſſe: in quam computa-*

tionem cadit loci pretium: aut, ſi conduxe-rit, conducti merces. Quod diſertè Ulpianus *L.1.de act. empt.* probat. *Si res vendita non tradatur*, ait, *in id quod intereſt agitur: hoc eſt quanti rem habere emptoris intereſt. hoc autem interdum pretium egreditur ſi pluris interſit quàm res valet, vel empta eſt.* Hoc autem ideo dico, ne quis vel rem eſſe id quod intereſt, vel intra rem conſiſtere, eiq; ineſſe exiſtimet: cum nec id Papinianus, nec idem ipſe Ulpianus probet. *L. Qui tabulas. & l. ſi vendidero. de furt.* utrque enim id quod intereſt propriè accipit: ſed ille ad æſtimationem corporis furto ſubrepti, ſi nihil amplius interſit, utilitatem meam referendam eſſe ſcribit: hîc verò de eo loquens qui tabulas vel cautiones amovit, cum non tātum precii earum tabularum, verùm & ejus quod interfuit teneri dicit: quod ad æſtimationem refertur ejus ſummæ quæ in his tabulis continetur, ſcilicet ſi tanti interfuit. Quibus in duobus reſponſis, ut in pleriſque aliis (quæ ſub-

ſubjicerem niſi res breviorem tractatum exigeret) conſtat voluiſſe juriſcōſultos, ut in ejus quod intereſt computationem veniret æſtimatio, ſi tantum interſuerit: *L. Ex hoc edicto. De eo per quem.* non autem eos dixiſſe vel æſtimationem eſſe id quod intereſt, vel in ipſa re illud ineſſe.

His ita explicatis videndum eſt quid ſit id quod intereſt. Equidem miror noſtros interpretes voluiſſe juriſconſultorum prudentiam vincere, & ad exactam dialecticorum rationem, ejus quod intereſt definitionem referre: cùm omnis in jure periculoſa ſit definitio, eaque facilè ſubverti poſsit. Itaque nobis ſatisfaciet Pauli *L. Si commiſſa. Rem rat. habe.* ſive definitio ſive deſcriptio: atque id quod intereſt, eſſe dicemus id quod alicui abeſt, quodque lucrari potuit. A qua explicatione non diſcedit Ulpianus *L. Apud Iulianum* numer. 11. *ad S. C. Trebellianum. Sed ſi quid aliud*, inquit, *ſua intereſſe dicet*,

non cogetur adire, niſi ei damnum vel lucrum fideicommiſſi ſarciatur. Non igitur tantum in damno dato, ſed etiam in lucro amiſſo ejus quod intereſt habetur ratio. *L. Argentarius. §. Cum autem. de eden. l. Si ſervum. ad leg. Aqui.* Aliquando tamen (ut ſcribit Sabinus) ſolum damnum non etiã lucrum ſpectatur. *L. Si is. 71. in fin. de fur.* Quod ſi id quod intereſt, in ſua genera diducere placeat: ejus nõ videntur eſſe aliæ ſpecies: quàm damnum datum, & lucrum amiſſum. In his enim tota ejus vis poſita eſt, hæ totam ejus naturam explicant, atque ab eo ipſo manant. Nam reliquę ab interpretibus excogitatæ jamjam exploſæ ſunt, præter eam quæ à quibuſdam magni nominis viris exiſtimantibus intereſſe (utar enim illorum verbis) aliud propinquum, aliud remotum eſſe, probata eſt. Quorum mihi placere non poteſt ſententia: cùm nec hoc noſtro reſcripto probetur, imò potiùs refellatur: nec Pauli reſponſo. *L. Si ſterilis. 21. §. Cum per venditorem.*

rem.de act. empt. Statuit enim Iuſtinianus ut quod revera judicatur damnum, hoc reddatur, & nō ex quibuſdam machinationibus & immodicis perverſionibus in circuitus inextricabiles redigatur. Quid autem aliud eſt remotum illud intereſſe, quàm quod non ex propinquis cauſis, ſed ex perverſionibus quibuſdam venit? Quod autem dicit Paulus, multos fefellit. hæc enim verba, *omnis utilitas emptoris in æſtimationem venit, quæ modò circa rem ipſam conſiſtit:* non de eo quod intereſt, ſed de quanti plurimi acceſsione (quæ non niſi mora commiſſa debetur) intelligenda ſunt: eam verò à juris authoribus appellari intereſſe quanti plurimi, nunquam obſervavi. Et hæc quidem acceſsio eſt circa rem, id eſt, non reſpicit ea quæ extrinſecus damnum adferunt, ſed ipſam omnino rei utilitatem: quod ſatis Ulpiani verba atque Pomponii indicant. In hac enim tantū quæritur de æſtimatione vini vel alterius rei, quæ temporis lapſu creſcit vel mi-

nuitur. *L. 3. §. fin. de act. empt.* Sed quia in hoc Pauli reſponſum incidimus, videndum eſt, quid ſit quod ait non omne id præſtari emptori, quod habiturus erat ſi vinum tempore ſuo fuiſſet traditum: cum dicatur in eum qui pecuniam promiſit, agi incerti, quia venit in ſtipulationem id quod mea intereſt. *L. Si pœnam. 68. L. Liber homo. 118. §. fin. de ver. oblig.* Equidem obſervavi in hujuſmodi rebus quarum æſtimatio variatur, nunc id quod intereſt, nunc ipſam quanti plurimi acceſsionem ſpectari: ideoque juriſconſultos modò de ea tantum, modò de eo quod intereſt agere. Sed cùm de ſola quanti plurimi acceſſione Paulus ageret, ejus tantum exempla ſubjecit. Nunc ad Iuſtinianum noſtrum veniamus.

Conſtitutionis enarratio.

Reſcribit imperator noſter dubitaſſe veteres quis modus atque finis ejus quod intereſt ſtatuendus eſſet. Et harum quidem dubitationum extant

adhuc

adhuc quædam veſtigia in Digeſtis, *L.* 1, *L. Titius.* & *ll. ſeq. l. Si ſterilis. l. Iulianus. de act. empt.* de quibus poſt hanc cōſtitutionem diſputare ocioſi eſt hominis. Itaque ſancit Iuſtinianus, ut in omnibus caſibus qui certam habent quātitatem vel naturam, hoc quod intereſt, duplum minimè excedat: in aliis verò qui incerti eſſe videntur judicis religioni & ſapientiæ relinquit, ut quod revera cujuſque intereſt, damnū hoc reddatur. Caſus autem eſſe ſpecies ſive facta exiſtimo, in quibus verſatur id quod intereſt, quemadmodum in contractibus, in quibus quidam caſus certi, quidam incerti reperiuntur. Nec enim contractus, nec res in eum deducta, caſus eſt quo de agimus. Certos eſſe caſus Imperator noſter dicit, qui certam habent quantitatem vel naturam. Certum verò illud eſt, quod definitum eſt ac determinatum. Ait enim Ulpianus *L. Cum ij. §. Si in annos ſingulos. de tranſact. Si in annos ſingulos certa quantitas alicui fuerit relicta, veluti*

homini

homini honeſtioris loci, ſalarium annuum vel uſusfructus. Quantitas eſt apud juris authores cujuſque rei æſtimatio, & (ut vulgo loquimur) valor. Atque ita Papinianus noſter Duarenus in diſputat. anniverſ. *lib.* 1. *Cap.* 6. *L. A divo Pio. de re jud. l. quæ extrinſecus. de verb. oblig.* interpretatus eſt: & nos ſic ſenſiſſe Iuſtin. arbitramur. Hujus generis ſunt omnes res quæ pondere, numero vel menſura conſtant. Scribit enim Papinia. *L. Si is cui.* 94. *de ſolut.* has res in quantitate eſſe. Sed & Ulpianus *L. Stipulatio. in fin. de ope. no. nunt.* corporis æſtimationem, operiſque quantitatem dixit: ut verius ſit conſtitutionem noſtram generaliter intelligi de omni re cujus certa ſit & definita quantitas ac æſtimatio. Natura non id ſignificat quod certos limites habet, ſed vim & conditionem cuiq; rei inſitam & innatam. Sic enim ſtipulationum naturam dici, *L.* 2. *de ver. ob. l.* 1. *de præ. ſtip.* in noſtris ad titulum de verborum obligationibus notis indicavimus, & in commen-

men-

mentariis probavimus: & ita cavillationis naturam appellari obſervavimus. *L. Ea natura. de verb. ſignif.* Sed cùm intelligamus qui ſint caſus certi, difficile non eſt eos cognoſcere qui incerti eſſe videntur. Illi enim neque quantitatem, neque naturam certam habere videntur, ſed eorum dubia eſt, nec ſatis definita æſtimatio vel conditio. Et in caſibus quidem certis id quod intereſt, non excedit duplum: id eſt, quod damni vel lucri ratione extrinſecus accedit præter ſimplũ, illud ipſum non egreditur. Nam in duplo ſimplum ineſt. Quod quidem aliud nihil eſſe, quàm certam quãtitatem vel naturam conſtat. Hoc enim ipſum eſt quod his in caſibus ſpectari Iuſtinianus dicit. Conſequens eſt igitur ut pro ſimplo habeatur, quod in hoc duplo ineſt. Et certè quod ait Imperator in omnibus contractibus, etiam de ſtrictis intelligitur, ut præclarè Ulpianus *L. ſi fundum certa die. de ver. oblig.* oſtendit. Sed an & ii qui dationem continent, eius quod inter

intereſt æſtimationem recipiant, quæritur: cùm is qui dare promiſit, dominii transferendi neceſsitate adſtringatur. Dixi breviter & dilucidè in notis ad titulum de verb. oblig. *L. Vbi autem in fin. de verb. oblig.* §. *Sic itaque. de act.* quid ſentirem. In commentariis verò meam confimravi opinionem: diverſas autem aliorum confutavi ſententias; ut hîc illud duntaxat mihi dicendum ſuperſit, Iuſtinianum ſenſiſſe in omnibus contractibus, in quibus ſunt caſus certi, hoc quod intereſt, dupli quantitatem minimè excedere. Non eſt autem ferenda eorum ſententia, qui exiſtimant in nummis non venire id quod intereſt: neque ea Vlpia. reſponſo *L. Nummis. de in lit. jur.* confirmatur. Loquitur .n. de eo de quo dubitabatur an juraret in litem propter nummos ſibi ſua die non redditos. Nec me movet exceptio quæ regulam contrariam facere videtur. Nam ea neque de eo quod intereſt, abſolutè intelligitur, neque ad hoc reſcriptum

perti-

pertinet. Ex quo ſatis conſtat etiam id quod intereſt, ſpectari ubi certa eſt quantitas & æſtimatio quam nummi habent. Hanc verò conſtitutionem ad maleficia referre non auſim, tum quòd veteres juriſconſultorum de eo quod intereſt in illis definiendo ambiguitates non obſervaverim: tum quòd de his nullum verbum fecerit Imperator noſter: imò potius quod ſubjicit de pœnis cum competenti moderamine à prudente & circumſpecto judice infligendis, ſatis oſtendit præſcriptam ab eo ejus quod intereſt taxationem in delictis locum non habere: cùm pœnæ nomen de noxæ vindicta (ut ait Ulpia. *L. Aliud eſt fraus. de verb. ſignifi.*) intelligi debeat: nec pœnam quæ loco ejus quod intereſt, in obligationem deducitur, certo à legibus fine & modo (ſic enim finis apud juris authores uſurpatur *l. 1. de pigno. l. 5. de coll. dot. l. Si cum 66. §. fin. de evict.*) concluſam eſſe videamus. Caſus certi ſpeciem Celſus *L. Si jactum. de act. emp.* in eo

eo proponit, qui cùm jactum retis vendidiſſet, & quod extraxerat piſcium redd dere noluiſſet, in id condemnandus erat quod emptoris intereſſet, in æſtimationem ſcilicet ejus quod extraxerat. Sed & illo eodem in loco caſum incertum tractat. Verùm de eo pluribus dicendum eſt. Statuit Iuſtinia. ut in his caſibus qui incerti eſſe videntur, judex per ſuam ſubtilitatem requirat, ut quod revera damnum inducitur, hoc reddatur; nec in infinitum produci permittat. Ex quibus verbis conſtat ita judicem in caſuum incertorum diſcuſsione verſari debere, ut requirat quid in iis certi inveniatur, & ex certorum taxatione ſtatuat quod revera intereſt alicujus. Quid enim hæc verba aliud ſignificant, ne, dum in infinitum computatio reducitur pro ſua impoſſibilitate cadat? Infinitum enim, immenſum & incertum interpretamur. Atque ita à Paulo, Ulpiano, cæteriſque juriſconſultis *L. Arbitrio. de dolo malo. l. Qui reſtituere, de rei vindic. l. videamus.*

de

de in lit. jur. in tractatu de in litem jurando accipi obſervavimus. Supereſt ut caſuum incertorum ſpecies quæ celebriores ſunt in Digeſtis videamus. Et extant Pomponii & Ulpiani reſponſa *L. Tenetur. §. Sed ſi vas. de act. empt. & l. ſed addes. §. 1. loca. con. l. Iulianus. de act. empt.* quæ contraria videntur: de quibus priuſquam quid nobis videatur dicamus, animadvertendum eſt hujus conſtitutionis vim non ſatis obſervaſſe noſtros interpretes in explicandis veterum juriſconſultorum reſponſis & ambiguitatibus. Si enim omnino eorum præceptiones traditioneſq́; ſequamur, vix intelligemus quid novi conſtituerit Imperator, & in quo dubitationes antiquas deciderit. Verùm ipſis in mentem venire debebat vulgare illud: *Non eſt novum ut priores leges ad poſteriores trahantur: l. non eſt. 26. de ll. ſed & poſteriores ad priores reſpiciunt. l. ſed &. 28. eod.* Itaque licet juriſconſulti in caſibus incertis præſtandum omnino eſſe id quod deperiit dicant, debe-

Digitized by Google

mus tamen velut quadam exceptione & moderatione illud interpretari, ut nō in infinitum producatur ejus quod intereſt taxatio. Nunc ad propoſita Iuriſconſultorum reſponſa revertamur. Scribit Pomponius: *Si vas mihi vendideris, ita ut affirmares integrum: ſi id integrum non ſit, etiam id quod eo nomine perdiderim, præſtabis mihi. Si verò non id actum ſit, ut integrum præſtes, dolum malum duntaxat præſtare te debere quidam putant. Labeo contrà, & illud ſolum obſervandum, ut (niſi in contrarium quid actum ſit) omnimodo integrum præſtari debeat. Quod & in locatis doliis præſtandum, Sabinum reſpondiſſe Minitius refert*: ut etiam Ulpianus ſcribit: qui tamen alio loco Iulianum differentiam feciſſe in cōdemnatione ex empto inter eum qui ſciens pecus morboſum aut lignum vitioſum vendidit, & eum qui ignorans, dicit. Et certè conſtat eos non diſtinxiſſe an quis eam artem vel negociationem profiteatur, necne (ipſi enim æquè venditoris meminerunt) ſed di-

ſertè

ſertè in vaſis & doliis ſpeciale aliquid conſtituiſſe, nec immeritò: quia in his facilius à negociatore vitia cognoſcuntur. Poſtremò notandum eſt, id quod intereſt, peti actione quæ ex ipſo negotio vel contractu ſive nominato ſive innominato naſcitur. *L.fin. Si quis in jus voca.l.Liberum eſt. de relig. & ſum.l. 1. & al.de act.empt.l.Naturalis.de præſc.ver. l.liber homo.* 118. *de verb. oblig.* §.*fin. Inſtit. de empt.*

ENARRATIO. L. frater à fratre, de cond. indeb.

CAP. IX.

IUre gentium vel naturali (quo proditæ ſunt illæ conventiones quas primùm in commerciis inter homines ineundis & utiles & neceſſarias omnes gentes uno conſenſu judicarunt) nihil intereſt quis contrahat,

an liber, an ſervus: an paterfamilias, an verò filiusfa. Naturalis enim eſt æquitas & ratio, cujus vinculo ſuſtinetur obligatio *L. Stichum, aut. 95. §. Naturalis, de ſolut.* quæ ex ejuſmodi contractu naſci poteſt: quæ cùm ea ſervari jubeat quæ homines ratione & conſilio utentes promiſerunt, conſtat ipſam æquales omnino facere illos qui rectè & intelligenter contrahunt. Civitatis autem Romanæ moribus jus introductum eſt, quo obligatio illa non reprobata eſt, ſed omne ejus commodum, omnis effectus & vis denique omnis, ut cæterarum rerum, ab his qui in poteſtate ſunt, ad eos qui ipſos in poteſtate habent, translata eſt: *L. Placet. de acq. hæred. inſtit. tit. Per quas perſo. no. acq. obli. l. fin. C. de bon. quæ lib. l. Sed & ſi damnum, de pecul.* ut & agere contra debitores, & excipere poſsint, aliamve utilitatem ſentiant, ea ne momento quidem ullo apud filios aut ſervos remanente. Sed & videtur pejor ſervorum conditio: de qua dicemus aliàs. Cum igitur naturalem

turalem illam obligationem ita perſe-
rat jus civile, ut ei tantum vim ſuam
deneget, aut (quod verius eſt) alio trãſ-
ferat, conſtat eam omnes ſuos retinere
effectus: ut & Africanus noſter & alii
probant. Quare ſi fortè paterfam. ſuis
liberis puſillum patrimonium det, ipſos
jure naturali ejus dominos eſſe conſtat,
ut de eo contrahendo & negotiando
ſibi naturaliter acquirant, non patri:
poſsint mutuò obligari: & ſi quid ipſis
ex eo debito naturali ſolutum ſit, reti-
nere. Quia verò hujuſmodi peculii cõ-
ſtitutio, juris civilis imaginatione in-
troducta eſt, (cum certè jure naturali
proprium filiorumfam. diceretur pa-
trimonium *l. Depoſiti. & l. ſeq. de pecu.*)
eo quoque jure ipſius dominus cenſe-
tur pater. Si quam igitur ſui fratris ob-
ligationem, unus ex filiis ex hoc ipſo
peculio quæſierit: eam ſibi ſuo jure pa-
ter tribuit: quæ eo mortuo, ut res alia,
inter hæredes cum ſuo effectu dividun-
da tranſit. Atque ſi duo illi fratres ſoli
hæredes ſint: qui pecuniam acceperat,

pro ea parte qua eſt hæres, liberatur: pro alia remanet nihilominus fratri obligatus, non ita quidem, ut exigi debitum ab eo poſsit; ſed ſi ſolverit, ut retineatur. contracta enim inter illos obligatio, propter patriam poteſtatem & legis authoritatem in ſuo naturali ſtatu remanet. Sed fingamus debitorem filium, ſive ante familiam erciſcundam ſive poſt, ſive ex peculio quòd à patre acceperat, ſive ex alia ſua ſubſtantia (nec enim unde ſolverit, Africanus noſter diſtinguit) totum naturale debitum vel potius totam pecuniam ſibi creditam, quam ipſe ignoranter totam ſe fratri debere exiſtimabat, fratri perſolviſſe: quæritur quid tanquam indebitum repetere poſsit? Et Africanus reſpondit, eum pro ea parte qua patri hæres extitiſſet, repetiturum: pro ea vero qua frater hęres extitiſſet, ita repetiturũ ſi non minus ex peculio ſuo ad fratrem perveniſſet: id eſt ſi propter illud debitũ non fuiſſet diminutũ fratris debitoris peculium, atque ita ejus debiti ratione

tione minus frater creditor ex alterius peculio accepiſſet. Naturalis enim obligatio quæ fuerat hoc ipſo ſublata videtur, quia partem peculii fraterni integram, id eſt debiti ratione non diminutam, conſecutus eſt creditor. Erat autem peculiare hoc debitum, ipſumque ideo peculium ſequebatur. His ita explicatis, & extraneorum argumento comprobatis, de naturali quæ inter patrem & filium contrahitur obligatione non obſcurè diſputat Afric.

DE DIVISIONE
fructuum inter conjuges ſoluto matrimonio.

CAPVT X.

VAriis modis antiquitus ſolvebantur matrimonia. Ideoque etiam inter virum & uxorem divortio facto, innumeræ de diviſione fructuum oriebantur controverſiæ, quas Ulpianus noſter lib. 35. ad Sabinum eleganter decidit. *L. fructus. Solu. matr.* Difficilimum

autem videtur quod ille ſcribit, *Papinianum lib. undecimo Quæſtionum, divortio facto fructus dividi dixiſſe non ex die locationis, ſed habita ratione præcedentis temporis quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim ſi vindemiæ tempore fundus in dotem datus ſit, eumq́ vir ex calendis Novembribus primis fruendum locaverit, menſis Ianuarii ſuprema die facto divortio, retinere virum & vindemiæ fructus, & ejus anni quo divortium factum eſt, quartam partem mercedis æquum eſt. Alioquin ſi coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque ſi in fine menſis Ianuarii divortium fiat, & quatuor menſibus matrimonium ſteterit: vindemiæ fructus & quarta portio mercedis inſtantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.* Ad hujus æquiſsimæ Papiniani ſententiæ interpretationem duo obſervanda ſunt. Unum eſt, fructus vindemiæ à meſsium mercede quæ colonum ex forma locationibus ſequebantur, ſeparatos fuiſſe: quod

quod Ulpianus noſter diſertè hoc loco indicat. *Item ſi meſſes ejus anni* (inquit) *quo divortium factum eſt, colonum ex forma locationis ſequantur : ante vindemiam ſoluto matrimonio, nihilominus pecunia meßium in computationem cum ſpe futuræ vindemiæ veniet.* Alterum eſt. quod maximè notandum diximus, fructus vindemiarum pro modo temporis quo ſteterit matrimonium, retinere & lucrari maritum. quod ſi ii obſervaſſent qui eos ſolos vindemiæ fructus in computationem venire voluerunt, quos ante locationē lucratus erat vir: æquiorem fortè proportionem nobis reliquiſſent. Quandiu enim matrimonii onera ſuſtinet, cum rei dotalis fructus ſuos facere æquum eſt: *L. Si is qui ſtichum. de in. dot. l. Pro oneribus. C. eo. tit.* Et certè cum in propoſita ſpecie quatuor meſſibus ſtetiſſe matrimonium dixerit Papinianus, conſequens videtur, ut pro ejus temporis modo fructus vindemiæ retineat. Nam & uxor futuram poſt divortium factum totam lu-

Digitized by Google

cratur vindemiam; ſed quia fundum colono ſruendum locaverit matrimonio ſtante vir, & trium menſium debet mercedem colonus: viſum eſt eos vindemiæ fructus cū hac mercedis portione confundi debere: ut ex ea pecunia tertia reditus annui portio relinquatur. Exemplo rem oculis ſubjicere placet, fingamus quatuor & viginti aureorum fructus vindemiæ ante divortium à marito perceptos fuiſſe: reliquos autem inſtantis anni fructus (meſſes ſcilicet) duodecim aureis locatos (excipio ſemper vindemiam) Quæritur quot maritus aureos retinere poſsit? Si vindemiæ tantum rationem habeamus, octo retinebit: illi enim tertiam fructuum partem conſtituunt. Sed & ex inſtantis anni mercede quarta pars quæ tribus aureis æſtimatur, cum illis confundi debet: ut ex ea pecunia fiat & confletur tertia totius annui reditus portio, quàm undecim aureorum eſſe conſtat. Confundere enim eſt in contributionem venire, computare, in com-

Digitized by Google

computationem venire. his enim locutionibus indifferenter hoc in loco utitur noſter Ulpia. Equidem ſcio ſi integri fructus vindemiæ cum tota mercede addantur, eos triginta ſex cōſtituere, ut duodecim potius tertiam eorum partem faciant. Sed juris noſtri authores non adeo & ad ſingulas, ut ajunt, fractiones, ſuas computationes exegerunt, maximè cum nec æquum videretur ut tertiam illam partem præciſè haberet: quòd & ex vindemiæ fructibus, & ex quarta mercedis parte, quantum juſtum videbatur retineret.

AD L. CENTVrio. 15. De vulg. & pupill. ſubſtitu.

CAP. XI.

Subſtitutio (quæ eſt inſtitutio hæredis ſecundo gradu vel deinceps facta *L. 1. hoc tit. Cajus in inſtit.*) vel fit ab eo qui cōmuni jure teſtatur, vel à milite qui in expeditionum neceſ-

neceſsitate de rebus ſuis diſponit. & utraque quidem vulgaris eſt, aut pupillaris. Vulgarem dici communem, & vulgò ac promiſcuè fieri ſolitam, ex Cicerone *Lib. de ora. & alibi.* aliiſque magni nominis viris, ne dum ex noſtris juriſconſultis conſtat. Pupillaris à parentib. liberis impuperibus quos habent in poteſtate, fit ſub conditione, ſi intra pubertatem deceſſerint. Ad hujus exemplum introducta eſt alia quæ fit à parentibus filiis furioſis, dementibus, aut mente captis. *L. humanitatis. C. de impu. & al. ſubſtit.* Quas tres ſpecies lib. 2. latiſsimè perſequemur. Reliquæ enim ab his diſtinguendæ ſunt formæ, cùm qualitates & accidentia reſpiciant. Et militibus quidem permulta conceſſa ſunt ab imperatoribus privilegia: ut Trajanus (Ulpiano referente *L. 1. de milit. teſt.*) voluerit eos facere teſtamenta, quo modo vellēt ac poſſent: ſufficereque ad bonorum ſuorum diviſionem faciendam, nudam voluntatem teſtatoris. Militaris teſtamenti ſpeciem Papinianus refert. *Centurio*

tnrio (inquit) *filio, ſi intra viceſimum & quintum ætatis annum ſine liberis vita deceſſerit, directò* (id eſt, verbis civilibus, quibus lex jubet hæredem inſtitui, quæ etiam legitima appellantur *L. verbis civil. eo. l. ult. C. de teſt. tut.*) *ſubſtituit. Intra quatuordecim annos etiam propria bona filii ſubſtitutus jure communi capiet : poſt eam autem ætatem ex privilegio militum patris duntaxat cum fructibus inventis in hæreditate.* Et hæc quidem ſubſtitutio etiam in ſecundum caſum compendio ſermonis (ut imperatorum verbis utar *L. Precibus. C. de impub. & al.*) facta eſt: id eſt ſic teſtatus eſt miles , ut non ſolum in eum caſum quo filius intra decimũ-quartum ſuæ ætatis annum deceſſerit, ſed etiam ſi poſtea, ſubſtituerit : idq́ue non expreſsè nec verbis ſolennibus, ſed ſermonis compendio, & (ut ita loquar) breviloquio. Cæterum conſtat nõ poſſe paganum ſic filio ſuo impuberi ſubſtituere, ut etiam directò poſt decimũ-quartum ætatis annum alius ei ſubrogetur. Et is qui ut ſubſtitutus non admittitur,

mittitur, quandoque non erit ut adjectus primo gradu inſtituto filio cohæres: ne ſi totum integrum filius interim non haberet, contra teſtatoris voluntatem fieret *L. Verbis civilibus. eo.* receptum eſt tamen ut in fideicommiſsi cauſam etiam ultra illud tempus pater ſubſtituere poſsit. Verùm directò militem ita filio ſuo impuberi ſubſtituere poſſe, ex facto quod Papinianus noſter proponit, conſtat. *Sed* & videtur ſenſiſſe, ſubſtitutum, ſi pòſt pubertatis tempus filius deceſſerit, directò militi ex ipſius privilegio ſuccedere: ſcribit enim ipſum intra 14. annum etiam propria bona filii ſubſtitutum jure communi capere: poſt eam verò ætatem ex privilegio militum patris duntaxat cum fructibus inventis in hæreditate. Certum eſt autem, cùm jure communi ſuccedit, ipſum directò adire hæreditatem: præterea in fideicommiſſariam hæreditatis reſtitutionem fructus non venire *L. In fideicom.* 18. *Ad S. C. Treb.* Itaque cum & eodem modo ſuccedere videatur

tur ex privilegio, atque ſi jure communi hæres fieret, & fructus in hæreditate inventos capiat: directo ad patris hæreditatem venire dicendus eſt. Sed imperatores in non diverſa ſpecie à matre militis ſucceſsionem obtinente, veluti ex cauſa fideicommiſsi, bona quæ ipſius fuerunt, peti poſſe reſcripſerunt. Unde conſtat vim ſubſtitutionis non directam ſed precariam eſſe. Hæc ſunt Diocletia. & Max. verba. *d. l. Precibus. Sin verò poſt pubertatem: tunc ejus* (loquitur de filio qui inſtitutus erat in primo gradu) *te ſucceſſionem obtinente veluti ex cauſa fideicommiſſi bona, quæ cum moreretur, patris ejus fuerunt, à te peti poſſunt.* Nec intelligo cur potius in Papiniani reſponſo quam in Imperatoris conſtitutione ſuo uſus videatur privilegio miles: ſed nec quid ætatis præfinitio, differentiæ conſtituat: Cum & de ea quæ expreſſa eſt, & quæ tacitè intellecta generaliter definitur, idem dicendum nemo ignoret. Miſerè laborant omnes in obſcurandare perquam facili, Papinianus quidē ſcribit militem

directò ſubſtituiſſe, atque iis verbis quæ ex jure civili deſcendunt, non autem fideicommiſſariis: ait ſubſtitutum intra pubertatem jure communi quo & reliqui cives utuntur, bona etiam filii capere: ſed quo jure poſt pubertatem ſuccedat, an Prætorio, vel eo quod ex conſulum authoritate deſcendit, *Tit. de fideicom. hæred. inſt. lib.* 2. an verò ipſe jure civili, non exprimit, ſed tantum dicit ipſum ex privilegio militum bona patris cum fructibus in hæreditate inventis accipere: ut quod diximus de fideicõmiſſaria hæreditatis reſtitutione in quam fructus non veniunt, militum privilegia non mutet. Sed nec imperatores cauſam eſſe omnino fideicommiſſariam ajunt: ſed cum mater filii ſucceſsionem (quæ etiã immiſta patris teſtatoris bona habebat) obtineret, peti ab ea voluerũt ac ſi rogata eſſet ipſa reſtituere illa patris bona, ſive atque ſi miles tanquam alius paganus non verbis directis ſed precariis poſt filii pubertatem ſubſtituiſſet. Quare ſive directò ſi-

ve

ve ex fideicommiſſaria cauſa ſubſtitutus à milite, poſt filii in pubertate mortui obitum velit teſtatoris bona capere, audiendus eſt, & ex militum privilegio unà cum hæreditate fructus in ea inventos conſequetur.

DE REI AESTIMAtione, & aliis acceßionibus quæ ex mora pendent.

CAP. XII.

DIximus de mora (quæ eſt injuſta dandi faciendive quod dari fieri oportet dilatio *L. Mora. L. Sciendum. L. ſi quis ſolut. de uſur.*) multis in locis, & maximè in noſtris notis & commentariis de verb. oblig. Sed mihi in hac quæſtione nunquam ſatisfacio: tum quòd & utilis ſit, & à juris authoribus confuſè tractata. Primùm igitur conſtat in omnibus omnino judiciis ſive ſtrictis, ſive arbitrariis, ſive bonæ fidei, ſemper ſpectari tempus vel

locum de quo inter contrahentes convenit. *L. Vinum. Si cer. peta. L. Quoties in diem, de verb. oblig. L. ult. de condic. trit. L. 3. §. item. de act. empt.* Illi enim legem conventioni dant. Quod ſi neque diem neque locum dixerint, ſed per promiſſorem ſteterit quo minus interpellanti creditori ſolverit: videamus quid in illis judiciis obſervetur. hæc enim diſputatio ad rem noſtram pertinet. Ulpianus *L. 3. Commo.* de commodati actione ſcribit: *In hac actione, ſicut in cæteris bonæ fidei judiciis, ſimiliter in litem jurabitur: ut rei judicandæ tempus, quanti res ſit obſervetur: quanvis in ſtricti juris, litis conteſtatæ tempus ſpectetur.* quæ verba ſic intelligo: in bonæ fidei judiciis actori deferet juramentum judex, ut ejus arbitrio æſtimatio rei ſtatuatur, atque ita obſervabitur tempus rei judicandę id eſt, tempus illud quo judicaturus arbitraturuſve judex æſtimationem ab eo qui juravit faciam ſequitur. Nam regulare eſt ut in bonæ fidei judiciis in litem juretur: in ſtrictis verò

tum

tum demum juratur, cum judex æſtimare ſine delatione juriſiurandi nō poteſt rem quæ non extat. *L. In actionib. de in lit. jur.* nec ſolum dolus vel cōtumacia ſpectatur, idq́; propter naturam judiciorū, quæ à nobis tertio libro explicabitur. Et tum quidē in his judiciis idē atq; in illis dicendū arbitror. Cum verò in iis de tempore litis conteſtatæ loquimur, ſic intelligere oportet, ut omne tēpus quod à lite conteſtata ad rem judicādam currit, comprehēdatur. Nō n. juriſconſulti ita loquuntur, ut ſolum illud momentum quo lis conteſtatur, inſpici debeat, ſed ut præcedens omne tempus excludant. Et illud tempus eſt quod condemnationis Servium appellare ſcribit Ulpianus. *L. in hac. de cond. tritic.* Loquitur autem de condictione triticaria, quæ nō minus eſt ſtricti juris quàm mutuum, ad cujus naturam quā proximè accedit. Sic autem condemnationis tempus accipi debere probat, quod Pomponius *L. 3. §. Si per. l. Si ſterilis. §. Cum per. de act. empt.* ait, ſi per

 ven-

venditorem vini mora fuerit quo minus traderet: condemnari eum oportere utro tempore pluris vinum fuerit vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur. Conſtat verò ipſam quanti plurimi æſtimationem (de qua ipſe Pompo. loquitur) creſcere ſi vinum etiam eo tempore quo res judicanda eſt, pluris ſit. Sed quid multis? Conſtituit generalem regulam Papinia. *L. In fideicommiſſi. 3. §. in his quoq. de uſur.* ut in his judiciis quæ non ſunt arbitraria, nec bonæ fidei, poſt litem conteſtatam actori cauſa omnis præſtanda ſit in eum diem quo ſententia dicitur. Cauſa verò quid aliud eſt, quám id omne quod habiturus eſſet actor ſi res ei litis conteſtatæ tempore ſoluta fuiſſet. *L. Præterea. de rei. vind. l. cum fundus. ſi cer. pet.* Obſervandum quoque illud eſt, ut ſemper ſpectetur tempus quo noviſſimè res ſolvi potuit: *L. Si calendis. de re judic. L. Si in Aſia. Depoſ. & ſim.* ideoque ſi res interierit, mortis tempus cum quodam temperamento, & (ut

ait

ait Celſus) ἐν πλάτει ſpectandum eſt, id eſt, inſpicere oportet quanto pluris fuerit eo tempore quo fortè mortifero vulnere deceſsit. Sed in utroque caſu, ſive res ſit in rebus humanis, ſive eſſe deſierit: ſi poſt moram ea deterior facta ſit, ad tempus moræ in his erit reducenda æſtimatio: idque merito: quia omne detrimentum promiſſoris eſt. Illudque noviſsimum eſt tempus, quo res commodiſsimè ſolvi potuit: ideo litis conteſtatæ tempus expectandum non videtur. Non diverſæ rationes Africanum *L. Hominem. Mandat.* moverunt, ut in ea ſpecie qua qui hominem certum alterius nomine dari fideiuſſerat, eum ipſum ſolvit: æſtimationem ad id potius tempus quo ſolutus eſt, non quo agitur, referendam eſſe reſpōderet. Quamvis autem de mandati judicio, quod eſt bonæ fidei, agat diſertè: tamen oſtendit idem in ſtipulatione dicendum eſſe, ſi fortè per promiſſorem ſteterit. Ex his (meo judicio) ſatis intelligitur quid de æſtimatione ſenſerint

Juris authores. De interitu autem vel periculo rei poſt moram extinctæ, vel deterioris factæ, inter juriſconſultos nō ſatis convenit. Equidem eos non ita varie de ſolo rei detrimento ſcripſiſſe ſcio. Illud enim omnino poſt moram ad debitorem pertinere ſcribunt: *L.*25. §.*ſi poſt.ſol.ma.L.*47.§.*ult.de lega.*1.ſed de interitu alii generaliter, alii cum diſtinctione & exceptione quadam loquuntur. Id verò tandem ex eorum quæſtionibus definiri poteſt: ut ſi quid creditor re ſibi reſtituta conſequi potuiſſet, quod propter ipſius interitum qui poſt moram à debitore factam evenit, non poteſt: utique æſtimatio debeatur. *L.*14. §.*Sed & ſi. quod met. cau. l.*15. *in fin. de reivin. L.* 12. §. *ſi poſt. Ad exhiben.* Contra verò ſi interitura eſſet ea res, & ſi eam actori reſtituiſſet: debitor poſt moram interitu naturali vel alio liberetur. *L.* 14. *Depoſ. l. fi*, §. *Si ea cond. Ad le. Rho. de jac. l.* 6. *de jur. dot. l.* 36. §. *ſi prædo. de pet. hær.* Et hunc inevitabilem (ut ita loquar) interitum, rectè

fatum

Digitized by Google

fatum cum philoſophis appellat Paulus lib. 21. ad edictum. *L.* 16. *de rei vin.* Qui enim fieri poteſt, ut eam debitor mortem præſtet, cui humano conſilio providere non poſsit? Alios effectus moræ latiùs aliquando explicabimus.

AD CAP. CXV. DE verb. obligationibus.

CAP. XIII.

IN hujus capitis enarratione multum elaborant interpretes quorum commenta ſi referrem, non minus quám illi ridendus viderer. Dicam igitur quàm breviſsimè potero quid ſentiam. Sed prius admoneo obſervandum eſſe diligenter quod ſcribit Paulus, *L. Triticum.* 94. *de ver. obliga.* in hac ſtipulatione, *Triticum dare ſpondes?* facti quæſtionem, non juris verſari. Nam ſi ex conjecturis appareat quid a-

mittitur, quandoque non erit ut adjectus primo gradu inſtituto filio cohæres: ne ſi totum integrum filius interim non haberet, contra teſtatoris voluntatem fieret *L. Verbis civilibus.eo.* receptum eſt tamen ut in fideicommiſsi cauſam etiam ultra illud tempus pater ſubſtituere poſsit. Verùm directò militem ita filio ſuo impuberi ſubſtituere poſſe, ex facto quod Papinianus noſter proponit, conſtat. Sed & videtur ſenſiſſe, ſubſtitutum, ſi pòſt pubertatis tempus filius deceſſerit, directò militi ex ipſius privilegio ſuccedere: ſcribit enim ipſum intra 14. annum etiam propria bona filii ſubſtitutum jure communi capere: poſt eam verò ætatem ex privilegio militum patris duntaxat cum fructibus inventis in hæreditate. Certum eſt autem, cùm jure communi ſuccedit, ipſum directò adire hæreditatem: præterea in fideicommiſſariam hæreditatis reſtitutionem fructus non venire *L. In fideicom.18. Ad S. C. Treb.* Itaque cum & eodem modo ſuccedere videa-

tur

Digitized by Google

tur ex privilegio, atque ſi jure communi hæres fieret, & fructus in hæreditate inventos capiat: directo ad patris hæreditatem venire dicendus eſt. Sed imperatores in non diverſa ſpecie à matre militis ſucceſsionem obtinente, veluti ex cauſa fideicommiſsi, bona quæ ipſius fuerunt, peti poſſe reſcripſerunt. Unde conſtat vim ſubſtitutionis non directam ſed precariam eſſe. Hæc ſunt Diocletia. & Max. verba. *d. l. Precibus. Sin verò poſt pubertatem: tunc ejus* (loquitur de filio qui inſtitutus erat in primo gradu) *te ſucceßionem obtinente veluti ex cauſa fideicommißi bona, quæ cum moreretur, patris ejus fuerunt, à te peti poſſunt.* Nec intelligo cur potius in Papiniani reſponſo quam in Imperatoris conſtitutione ſuo uſus videatur privilegio miles: ſed nec quid ætatis præfinitio, differentiæ conſtituat: Cum & de ea quæ expreſſa eſt, & quæ tacitè intellecta generaliter definitur, idem dicendum nemo ignoret. Miſerè laborant omnes in obſcurandare perquam facili, Papinianus quidē ſcribit militem

directò ſubſtituiſſe, atque iis verbis quæ ex jure civili deſcendunt, non autem fideicommiſſariis: ait ſubſtitutum intra pubertatem jure communi quo & reliqui cives utuntur, bona etiam filii capere: ſed quo jure poſt pubertatem ſuccedat, an Prætorio, vel eo quod ex conſulum authoritate deſcendit, *Tit. de fideicom. hæred. inſt. lib.* 2. an verò ipſe jure civili, non exprimit, ſed tantum dicit ipſum ex privilegio militum bona patris cum fructibus in hæreditate inventis accipere: ut quod diximus de fideicõmiſſaria hæreditatis reſtitutione in quam fructus non veniunt, militum privilegia non mutet. Sed nec imperatores cauſam eſſe omnino fideicommiſſariam ajunt: ſed cum mater filii ſuccesſionem (quæ etiã immiſta patris teſtatoris bona habebat) obtineret, peti ab ea voluerũt ac ſi rogata eſſet ipſa reſtituere illa patris bona, ſive atque ſi miles tanquam alius paganus non verbis directis ſed precariis poſt filii pubertatem ſubſtituiſſet. Quare ſive directò ſi-

ve ex fideicommiſſaria cauſa ſubſtitutus à milite, poſt filii in pubertate mortui obitum velit teſtatoris bona capere, audiendus eſt, & ex militum privilegio unà cum hæreditate fructus in ea inventos conſequetur.

DE REI AESTIMAtione, & aliis acceſſionibus quæ ex mora pendent.

CAP. XII.

DIximus de mora (quæ eſt injuſta dandi faciendive quod dari fieri oportet dilatio *L. Mora. L. Sciendum. L. ſi quis ſolut. de uſur.*) multis in locis, & maximè in noſtris notis & commentariis de verb. oblig. Sed mihi in hac quæſtione nunquam ſatisfacio: tum quòd & utilis ſit, & à juris authoribus confuſe tractata. Primùm igitur conſtat in omnibus omnino judiciis ſive ſtrictis, ſive arbitrariis, ſive bonæ fidei, ſemper ſpectari tempus vel

locum de quo inter contrahentes convenit. *L.Vinum. Si cer.peta.L.Quoties in diem,de verb. oblig.L.ult, de condic. trit. L.3.§.item. de act. empt.* Illi enim legem conventioni dant. Quod ſi neque diem neque locum dixerint, ſed per promiſſorem ſteterit quo minus interpellanti creditori ſolverit: videamus quid in illis judiciis obſervetur. hæc enim diſputatio ad rem noſtram pertinet. Ulpianus *L.3.Commo.* de commodati actione ſcribit: *In hac actione, ſicut in cæteris bonæ fidei judiciis, ſimiliter in litem jurabitur: ut rei judicandæ tempus, quanti res ſit obſervetur: quanvis in ſtricti juris, litis conteſtatæ tempus ſpectetur.* quæ verba ſic intelligo: in bonæfidei judiciis actori deferet juramentum judex, ut ejus arbitrio æſtimatio rei ſtatuatur, atque ita obſervabitur tempus rei judicande id eſt, tempus illud quo judicaturus arbitraturuſve judex æſtimationem ab eo qui juravit factam ſequitur. Nam regulare eſt ut in bonæ fidei judiciis in litem juretur; in ſtrictis verò

tum

tum demum juratur, cum judex æſtimare ſine delatione juriſiurandi nō poteſt rem quæ non extat. *L. In actionib. de in lit. jur.* nec ſolum dolus vel cōtumacia ſpectatur, idq́; propter naturam judiciorū, quæ à nobis tertio libro explicabitur. Et tum quidē in his judiciis idē atq; in illis dicendū arbitror. Cum verò in iis de tempore litis conteſtatæ loquimur, ſic intelligere oportet, ut omne tēpus quod à lite conteſtata ad rem judicādam currit, comprehēdatur. Nō n. juriſconſulti ita loquuntur, ut ſolum illud momentum quo lis conteſtatur, inſpici debeat, ſed ut præcedens omne tempus excludant. Et illud tempus eſt quod condemnationis Servium appellare ſcribit Ulpianus. *L. in hac. de cond. tritic.* Loquitur autem de condictione triticaria, quæ nō minus eſt ſtricti juris quàm mutuum, ad cujus naturam quā proximè accedit. Sic autem condemnationis tempus accipi debere probat, quod Pomponius *L. 3. §. Si per. l. Si ſterilis. §. Cum per. de act. empt.* ait, ſi per

venditorem vini mora fuerit quo minus traderet: condemnari eum oportere utro tempore pluris vinum fuerit vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur. Conſtat verò ipſam quanti plurimi æſtimationem (de qua ipſe Pompo. loquitur) creſcere ſi vinum etiam eo tempore quo res judicanda eſt, pluris ſit. Sed quid multis? Conſtituit generalem regulam Papinia. *L. In fideicommiſſi. 3. §. in his quoq. de uſur.* ut in his judiciis quæ non ſunt arbitraria, nec bonæ fidei, poſt litem conteſtatam actori cauſa omnis præſtanda ſit in eum diem quo ſententia dicitur. Cauſa verò quid aliud eſt, quàm id omne quod habiturus eſſet actor ſi res ei litis conteſtatæ tempore ſoluta fuiſſet. *L. Preterea. de rei. vind. l. cum fundus. ſi cer. pet.* Obſervandum quoque illud eſt, ut ſemper ſpectetur tempus quo noviſsimè res ſolvi potuit: *L. Si calendis. de re judic. L. Si in Aſia. Depoſ. & ſim.* ideoque ſi res interierit, mortis tempus cum quodam temperamento, & (ut

ait

ait Celſus) ἐν πλάτει ſpectandum eſt, id eſt, inſpicere oportet quanto pluris fuerit eo tempore quo fortè mortifero vulnere deceſsit. Sed in utroque caſu, ſive res ſit in rebus humanis, ſive eſſe deſierit: ſi poſt moram ea deterior facta ſit, ad tempus moræ in his erit reducenda æſtimatio: idque merito: quia omne detrimentum promiſſoris eſt. Illudque noviſsimum eſt tempus, quo res commodiſsimè ſolvi potuit: ideo litis conteſtatæ tempus expectandum non videtur. Non diverſæ rationes Africanum *L. Hominem. Mandat.* moverunt, ut in ea ſpecie qua qui hominem certum alterius nomine dari fideiuſſerat, eum ipſum ſolvit: æſtimationem ad id potius tempus quo ſolutus eſt, non quo agitur, referendam eſſe reſpõderet. Quamvis autem de mandati judicio, quod eſt bonæ fidei, agat diſertè: tamen oſtendit idem in ſtipulatione dicendum eſſe, ſi fortè per promiſſorem ſteterit. Ex his (meo judicio) ſatis intelligitur quid de æſtimatione ſenſerint

juris authores. De interitu autem vel periculo rei poſt moram extinctæ, vel deterioris factæ, inter juriſconſultos nō ſatis convenit. Equidem eos non ita variè de ſolo rei detrimento ſcripſiſſe ſcio. Illud enim omnino poſt moram ad debitorem pertinere ſcribunt: *L.25. §. ſi poſt. ſol. ma. L. 47. §. ult. de lega.* 1. ſed de interitu alii generaliter, alii cum diſtinctione & exceptione quadam loquuntur. Id verò tandem ex eorum quæſtionibus definiri poteſt: ut ſi quid creditor re ſibi reſtituta conſequi potuiſſet, quod propter ipſius interitum qui poſt moram à debitore factam evenit, non poteſt: utique æſtimatio debeatur. *L. 14. §. Sed & ſi. quod met. cau. l. 15. in fin. de reivin. L. 12. §. ſi poſt. Ad exhiben.* Contra verò ſi interitura eſſet ea res, & ſi eam actori reſtituiſſet: debitor poſt moram interitu naturali vel alio liberetur. *L. 14. Depoſ. l. ſi, §. Si ea cond. Ad le. Rho. de jac. l. 6. de jur. dot. l. 36. §. ſi prædo. de pet. hær.* Et hunc inevitabilem (ut ita loquar) interitum, rectè

fatum

fatum cum philoſophis appellat Paulus lib. 21. ad edictum. *L. 16. de rei vin.* Qui enim fieri poteſt, ut eam debitor mortem præſtet, cui humano conſilio providere non poſsit? Alios effectus moræ latiùs aliquando explicabimus.

AD CAP. CXV. DE verb. obligationibus.

CAP. XIII.

IN hujus capitis enarratione multum elaborant interpretes quorum commenta ſi referrem, non minus quàm illi ridendus viderer. Dicam igitur quàm breviſsimè potero quid ſentiam. Sed prius admoneo obſervandum eſſe diligenter quod ſcribit Paulus, *L. Triticum. 94. de ver. obliga.* in hac ſtipulatione, *Triticum dare ſpondes?* facti quæſtionem, non juris verſari. Nam ſi ex conjecturis appareat quid a-

ctum ſit: etiam ſi nulla certa quantitas huic ſtipulationi adjecta ſit, ipſa tamen valet. Eandem rationem in non diverſis ſpecibus ſequuti ſunt juris conſulti. *L. 30. de leg. 2. l. 12. de leg. 3. l. 7. de trit. vin. vel ole. leg. l. 69. §. Gener. de jur. dot.* illamque obſervandam arbitror etiam eum de diei adjectione agitur. Papinianus enim noſter utramque comparat: ut verius ſit in dubio utramque eſſe imperfectam. Itaque ſi dies per errorem omiſſa ſit, non minus imperfecta eſt ſtipulatio, quàm ea quæ cum de certo genere & certa quantitate concipienda erat, ponderis tamen, menſuræ, aut numeri mentionem non continet. Cujus rei hanc eſſe rationem arbitror, quia nihil actum dici poſsit, cùm id quod agebant contrahentes ut ſtipulationem adſtringerēt, actū non ſit: in ſtipulationibus a. ſemper id ſequamur quod actū ſit. *L. 34. de regu. jur.* Et ſpectandum in hac ſpecie non eſſe exiſtimo an prius de die exprimenda contrahentes egerint, ſed nec an deficiat probatio. Id

enim

Digitized by Google

enim neceſſe non eſt: ſed ea mente contrahentes ad ſtipulationem devenisse ſufficit, ut diem certam exprimerent. Præterea probationis defectus ſtipulationem non vitiat, cùm ea iam ſubſiſtat, nec obligationis naturam reſpiciat probatio, verùm ſit extraneum aliquid, rei naturam non immutans. *L.14. C. de probat.* Itaque ea mens contrahentium fuerat, ut certa dies diceretur, non ut certa die ſe ſiſteret promiſſor: ut in ſpecie capitis 94. agebatur non de certa menſura præſtanda, ſed de ea adjicienda, quæ tamen per errorem omiſſa eſt. Vulgare enim eſt in contrahendo quod agitur pro cauto habendum eſſe. *L. 3. ſi cer. petat.* Videndum eſt igitur quid actum ſit. Nam ſi præter opinionem omiſerint diem contrahentes, atq; in concipienda ſtipulatione erraverint, ea imperfecta eſt: quia non tenetur ea die quæ omiſſa eſt, ſe ſiſtere promiſſor, alia verò non prodeſt, quia non intereſt ſtipulantis. Quòd ſi vel ſcientes prudentes diem

Digitized by Google

omiſerint contrahentes, vel de ipſa adjicienda nihil cogitaverint, aliisve conjecturis de eorum voluntate appareat: non eſt nulla hæc ſtipulatio. *L. 15. de dam. infec. l. 8. Qui ſatis. cog.*

Quod ſequitur in hoc capite, non adeo facilè intelligitur. Equidem Papinianum ſenſiſſe arbitror pœnalem ſtipulationem quæ à faciendi conditione negativè concepta incipit, non prius cõmitti, quàm ſi conſtiterit eam adimpleri non poſſe. Idem in dandi obligatione Pegaſum ſcripſiſſe refert: Sabinum autẽ exiſtimaſſe poſtquã res dari potuiſſet, confeſtim agendum, idque ex ſententia contrahentium, quorum eam fuiſſe mentem veriſimile eſt. Id autem defendebat Sabinus exemplo penus legatæ. Hæredem etenim ſi dare potuiſſet penum, nec dediſſet cõfeſtim, in pecuniam legatam teneri ſcripſit. Idque utilitatis cauſa receptum eſt ob defuncti voluntatem, & ipſius rei naturam. Tum neque omnino approbans neque refellens Sabini ſententiam Papinia-

pinianus ſubjicit eam poſſe recipi ſi pœnalis ſtipulatio non à conditione ſed ab ipſa conventione cœperit. Quod ipſe ſine dubio verum eſſe ait cum id actũ probatur. Itaque ſi ea contrahentium ſententia non fuerit, recipi Sabini opinio non poteſt. Quod verius eſt: cum ipſe Papinianus ex ſua ſententia prius ſcripſerit, pœnalem ſtipulationem ita conceptam, ut ab initio ageretur, ut quocunque die promiſsor ſiſteret, & ſi non ſtetiſſet, pecuniam daret: quaſi quamlibet ſtipulationem ſub conditione conceptam vires habere, nec antè cõmitti, quàm fuerit declaratum reum promittendi ſiſti non poſſe. Sed nec Sabini rationes ipſius ſententiam maximè confirmant: quia ſtipulationum & legatorum eadem non ratio. Nam in legatis inſpiciendum eſt ut defunctorum volũtates quam primum licet impleantur: quod & teſtatoris ſentẽtia & utilitas, ac rei natura ſuadet. Penꝰ enim legatum alimentorum ſimile eſt, nec dilationem magnam expectare poteſt.

Verùm

Verùm ſtipulationes in ambiguo contra ſtipulatorem omnes interpretamur: cùm in ejus poteſtate fuerit ipſas clarius concipere. Quare ex his quæ Papinianus in hac quæſtione ſcripſit, conſtare illud opinor, ut ex quacunque pœnali ſtipulatione ſub negativa conditione concepta, ſive ea dandi, ſive faciendi ſit, ſive ab ea, ſive à conventione ſtipulatio incipiat, non prius ex ipſa agi poſsit, quàm ſi deſierit poſſe adimpleri conditio: niſi aliud inter contrahentes actum eſſe appareat. Quod & in aliis negotiis ut legatis locũ habet, ſi quid aliud favore quodam vel utilitatis cauſa receptum non ſit ob defuncti voluntatem, & ipſius rei naturam *L.* 1. §. *item ſita. ad l. Falcid. l.* 1. *de penu legat. l.* 20. *de ſta. lib. l.* 24. *Quand. dies leg. &c.* Et certè hujuſmodi ſtipulationes in quæſtione facti, non juris (ut ſuprà diximus) verſantur. At in dubio id ſequendum quod veriſimilius eſt ſenſiſſe contrahentes. Illud autem eſſe conſtat quod ex Papiniano retuli. Ex hac noſtra interpreta-

terpreta-

terpretatione commentitias eſſe quæ ex hoc reſponſo colligũtur regulas intelligere quiſq; poterit: ut eas longiori diſputatione refellere non oporteat.

DE MILITIIS.

CAP. XIIII.

Milites ex eo appellatos eſſe Marcus Varro ſcribit, quod primùm ex tribus hominũ millibus legio conſtaret, atque ſingulæ Tatienſium, Rhamnenſiũ, & Lucerum tribus millia ſingula militum mitterent. Unde qui unus de illis mille eſſet, miles dicebatur. Et principio quidem illos à veteribus milites dictos fuiſſe ſolos, qui belli periculis corpus ſuum, vitamque objiciebant, ex antiquis monumentis conſtat: Inde militiam pro bello non hiſtoriographi tantùm ſed etiam juris noſtri authores & alii de lingua Romana bene meriti uſurpant. Quodam verò uſu receptum

eſt, ut ad ſodalitia quoque & collegia quibus coeundi poteſtas lege data eſt, militiæ nomen referatur, ut dici nō abſurdè militia poſsit cōmunis quædam perſonarum ejuſdem laboris, ſtudii, artificii vel negociationis cauſa collectarum exercitatio. Nam & militare dicuntur advocati: *L. advocati. C. de avdo. diver. jud.* ut eleganter Leo & Anthemius A. A. reſcripſerunt. *Nec enim ſolos noſtro imperio militare credimus* (ajunt) *illos qui gladiis, clypeis, & thoracibus nituntur, ſed etiam advocatos. Nam militant cauſarum patroni, qui glorioſæ vocis confiſi munimine, laborantium ſpem, vitam, ac poſteros defendunt.* Et M. Tullius Cicero urbanam militiam reſpondendi, ſcribendi, & cavendi dixit. *Servius hic* (pro Murena inquit) *nobiſcum hanc urbanam militiam reſpondendi, ſcribendi, cavendi, plenam ſolicitudinis & ſtomachi ſequutus eſt; jus civile didicit, multum laboravit, præſtò multis fuit.* Iuris autem noſtri authores cùm de iis qui militare poſſunt loquuntur, armatam

(ut

(ut ajunt) militiam intelligunt, & ad propriam militiæ appellationem propius reſpiciunt: quamvis aliam quæ vera (ut ita dicam) & germana non eſt, ſed ipſa inermis dicitur, ab illa diſtinguant: quos in hac diſputatione ſequēdos mihi propoſui. Itaque militiarum duo eſſe genera exiſtimo, quæ Iuſtinianus titu. Negotiatores ne militent, *Tit. 35. lib. 12. C.* diſertè explicat, *eos qui vel in hac alma urbe, vel in provinciis cuidam ergaſterio præſunt, militare de cætero prohibemus* (inquit) *exceptis argenti diſtractoribus qui in hac alma urbe negotiantur. Hos enim, utpote utiles omnibus contractibus, armata quidem militia penitus abſtinere ſancimus: aliam verò quancunque ſine metu præſentis ſanctionis poſſe ſibi acquirere.* Ex his conſtat militiam quandam eſſe armatam, quandam verò inermem. Illa quidem (de qua prius dicendum eſt) rectè, mea ſententia, in officialem & non officialem dividitur. Extat enim titulus in Codice Iuſtinianæo de filiis officialium militiarū qui

Digitized by Google

in bello moriuntur: 48. *titu. lib.* 12. *C.* ejuſque una conſtitutio, quæ eſt Imperatoris Conſtantini, officia milites habuiſſe oſtendit: cujus hæc ſunt verba: *Hi qui ex officialibus quorumcunque officiorum geniti ſunt, ſive eorũdem parentes adhuc ſacramento tenentur, ſive jam dimiſſi ſunt in parentum militiam vocentur.* Nam eorum mihi non placet opinio, qui eandem eſſe officii & militiæ ſignificationem exiſtimant. Quoſdam enim milites nullo officii genere ornatos fuiſſe ex eo conſtat, quòd Imperatores eorum qui aliqua dignitate præditi ſunt, officia, aliorum verò militias ſimpliciter dicant: ad eos ſæpius officia referant, qui in urbana verſantur militia, ut ſunt proximi ſacrorum ſcriniorum. Ideoque Iuſtinianus de ordinandis Quæſtoris ſacri palatii adjutoribus ſtatuens, idem in aliis quoque penè officiis omnibus obſervari reſcribit. Quibus verbis non oſtendit militias & officia indifferenter uſurpari, ſed in omnibus penè officiis obſervari, ut pro

ratio-

ratione temporum quibus libelli porrecti ſunt, ordinentur. Ea autem conſtitutio eſt ſub titulo de proximis ſacrorum ſcriniorum: *L.* 13. *C. de prox. ſacr. ſcrin. lib.* 12. quorum militiam, exercitationem ſeu officiū in ſcriniis palatii, id eſt memoriæ, epiſtolarum libellorumq; ac diſpoſitionum fuiſſe Theodo. Arcad. & Hono. ſcribunt. *L.* 3. *et ſeq. C. de proxi. ſac. ſcr.* Et annonas quidem quæ hujuſmodi officiis adſolent delegari, ad ſimilitudinem militum quibus ærariæ prębentur annonæ, adærari pręcipit Leo: *L.* 15. *C. de erog. mili. ann.* ut veriſimile ſit ad militum ſimilitudinem inſtituta fuiſſe hujuſmodi officia. De iis verò militibus loquimur, qui bellorum periculis expoſiti, glapiis, clypeis, & thoracibus nituntur: quorum alios cùm ſine officio, alios verò officiales fuiſſe dixerimus, ejuſdem omnino militia cum officio ſignificationis eſſe non poteſt. Militia verò non officialis à Valent. Theod. & Arcad. *L.* 5. *C. de numerar. lib.* 12. cohortalis dici mi-

hi videtur. *Exceptores* (inquiunt) *omnes judicibus provincialibus obſequentes, qui nec cohortalem militiam ſuſtinere videntur, neq; à fiſco ullas conſequuntur annonas.* id eſt, qui neque cohorti adſcripti ſunt, neq; aliquas conſequũtur à fiſco militares annonas: quæ etiã (ut ex Leone retulimus) civilibus ordinib. erogabãtur. Nam eos cohortalẽ habere militiã non interpretor, qui tanquã miniſtri & domeſtici judicũ utebantur privilegio militũ: neq; eos qui militũ cohortibus miniſtrabant: ſed eos qui ex cohortis numero nulla dignitate ornati erãt. Et quod Valentinianus *L.10.C.de cohortal.* ſcribit, eos qui chartas vel tabulas, vel quodcunque aliud miniſterium cohortis optaverint, non antè accedere permitti, quàm eorum nomen matriculis receptum primitus fuerit: aliam cohortalis militiæ ſignificationem eſſe non oſtendit. Scio tamen cohortales aliquando dici eos qui cohortalibus (ut ait Anaſtaſius *L.ult.C.de cohort.*) obſequiis obligati ſunt: quibus non fuere tot tantaq; privilegia, quanta militi-

bus ipſis. Sed de iis poſtea: nec enim rectè armatis militibus connumerantur. Inermis militia quædam eſt, quæ negotiationis ſeu profeſsionis propria eſt: quædam quæ præter negotiationem ſeu profeſsionem competit. Hanc diſtinctionem ex duabus Iuſtiniani cōſtitutionibus collegi: quarum una eſt ſub titulo *Negotiatores ne militent.* Altera quam Anaſtaſio nonnulli tribuunt, extat ſub titulo *de juriſdictione omnium judicum*. In illa ſic reſcribit Imperator: *Illis qui ad armorum extructionem ſuam profeſsionem contulerint, minimè prohibendis ad competentem ſuæ profeſsionis venire militiam, & hujuſmodi negotiationem nihilominus retinere.* Quibus verbis oſtendit quandam eſſe militiam quæ ipſi cohæret profeſsioni, eamque comitatur: ut qui negotiationem hujuſmodi exercet, à militia non excludatur. Hujus generis ſunt omnes negotiationes quæ majorum (ut ita dicam) militiarum quædam eſſe appendices vidētur. eas adminicula cæterarum dignitatum

Leo *L.15.de erog. milit. ann. C.* appellat. *Annonas omnes* (inquit) *quæ univerſis officiis atque ſacri palatii miniſteriis, & ſacris ſcriniis, cæteriſque cunctarum adminiculis dignitatum adſolent delegari &c.* unde Baſtagiorum, Fabricenſium, & apparitorum militia dicitur. *L.8.de muris legulis.l. 6. de Fabricen. lib.* 11. *C. l.* 3. *de diverſ. offic. lib.* 12. *C.* Ita rectè collegium fabrorum, centonariorumque militiæ Ravennatis & Mediolanenſis in antiquis lapidum inſcriptionibus militiam vocari exiſtimo. Erãt enim iſti armatæ militiæ adjutores, & ex eorum numero quos militibus miniſtrare diximus. Alia eſt militia, quæ præter negotiationem ſeu profeſsionem competit, id eſt quæ nulli cohæret negotiationi, ſeu profeſsioni. Ejus meminit Iuſtinianus in ultima (ut à nobis dictum eſt) conſtitutione tituli *de juriſdict. omn. judicum. Quapropter jubemus* (inquit) *hujuſmodi hominibus nec cujuslibet militiæ ſeu cinguli vel dignitatis prærogativam in hac parte ſuppetere: ſed eos qui ſtatutis*

in

in qualibet militia annumerati ſunt, vel qui dignitatem aliquam prætendunt, iis judicibus tam in publicis quàm in privatis cauſis obedire, ad quorum ſolicitudinem profeßionis ſeu negotiationis quam præter militiam exercent, gubernatio videtur reſpicere, id eſt, non propter certam militiam exercent. Neque enim cum Holoandro *propter militiam* legendum eſt. Et certè non omnes negotiatores ab omnibus removentur militiis, ſed ii tantùm qui diverſarum rerum negotiationibus detinentur: quos ergaſterio præeſſe dicunt Imperatores. Zeno. *l.* 12. *C. de cohortal. lib.* 12. *Sed etiam cunctos*, (inquit) *qui diverſarum rerum negotiationibus detinentur, trapezitas ſcilicet, vel gemmarum, argentiq́ue, veſtiumve venditores: apothecarios etiam, cæterosque inſtitores aliarum mercium quibuſcunque ergaſteriis adhærentes, jubemus à provincialibus officiis removeri: ut omnis honor atque militia à contagione hujuſmodi ſegregetur.* Qua conſtitutione indicat negotiatores qui ergaſteriis

 præſunt

mitti ullo modo poteſt: aliam quæ vendi, ad hæredesque transferri poteſt, verùm non liberè & abſolutè, ſed ſub certa definitione.

Tertium militiæ genus ex novella ejuſdem conſtitutione 53. colligitur. Ipſe enim ſancit ut militiæ quæ ex caſu vocantur, non cuivis temerè hypothecæ nomine opponātur. Vt hæc militiarũ genera explicemus, intelligendũ eſt non otioſe Imperatorem noſtrum hanc ſive exceptionẽ, ſive interpretationem, *eam tamẽ quæ vendi, & ad hæredes ſub certa definitione tranſmitti poteſt*, adjeciſſe. Cùm enim latiſsima ſit militiæ appellatio, nec ad omnem adſpirare negotiatoribus liceat: quam ipſi acquirere poſsint, oſtendit ut id ſenſiſſe videatur: Quamcunque negotiatores militiam acquiſierint, eam tamen cujus ſunt capaces, id eſt, eam quæ vendi, & ad hæredes tranſmitti poteſt. Ex his conſtat eam alienari, & ad hæredes tranſmitti poſſe militiam, quæ ab argenti diſtractoribus & aliis ne-

 go-

gotiatoribus ergaſterio non adhærentibus etiam acquiri poteſt: quàm à nonnullis privatam militiam ſeu collegium, ab aliis officium quod ad hæredes & quoslibet alios ſucceſſores tranſit, appellari ſcio: ut eſt eorum munus qui regiis diplomatibus ceram imprimunt, quos calefactores ceræ dicimus. Sed neque illorum abſurda non videtur interpretatio, neque horum ſententia ad juris authorum opinionem accedit. Si enim militias, corpora & ſodalitia lege, ſenatusconſulto, vel principis placito conſtituta interpretemur, omnes negotiatores, etiam ii qui ergaſteriis adhærent, militias habere permittentur, eritque inanis Juſtiniani conſtitutio, qui (ut diximus) ne ad inermem quidem militiam eos aſpirare vult. Sed & ſervi in collegia tenuiorum volẽtibus dominis recipi poſſunt, cùm tamen ab omni militia excludantur. *L. 3. de colle. & corp. l. 6. C. qui milit.* Quod verò de officiis dicitur, ad noſtros quidem mores propius quàm ad Quiri-

 tum

eſt, ut ad ſodalitia quoque & collegia quibus coeundi poteſtas lege data eſt, militiæ nomen referatur, ut dici nō abſurdè militia poſsit cōmunis quædam perſonarum ejuſdem laboris, ſtudii, artificii vel negociationis cauſa collectarum exercitatio. Nam & militare dicuntur advocati: *L. advocati. C. de avdo. diver. jud.* ut eleganter Leo & Anthemius A. A. reſcripſerunt. *Nec enim ſolos noſtro imperio militare credimus* (ajunt) *illos qui gladiis, clypeis, & thoracibus nituntur, ſed etiam advocatos. Nam militant cauſarum patroni, qui glorioſæ vocis confiſi munimine, laborantium ſpem, vitam, ac poſteros defendunt.* Et M. Tullius Cicero urbanam militiam reſpondendi, ſcribendi, & cavendi dixit. *Servius hic* (pro Murena inquit) *nobiſcum hanc urbanam militiam reſpondendi, ſcribendi, cavendi, plenam ſolicitudinis & ſtomachi ſequutus eſt; jus civile didicit, multum laboravit, præſtò multis fuit.* Iuris autem noſtri authores cùm de iis qui militare poſſunt loquuntur, armatam

(ut

(ut ajunt) militiam intelligunt, & ad propriam militiæ appellationem propius reſpiciunt: quamvis aliam quæ vera (ut ita dicam) & germana non eſt, ſed ipſa inermis dicitur, ab illa diſtinguant: quos in hac diſputatione ſequẽdos mihi propoſui. Itaque militiarum duo eſſe genera exiſtimo, quæ Iuſtinianus titu. Negotiatores ne militent, *Tit.* 35. *lib.* 12. *C.* diſertè explicat, *eos qui vel in hac alma urbe, vel in provinciis cuidam ergaſterio præſunt, militare de cætero prohibemus* (inquit) *exceptis argenti diſtractoribus qui in hac alma urbe negotiantur. Hos enim, utpote utiles omnibus contractibus, armata quidem militia penitus abſtinere ſancimus: aliam verò quancunque ſine metu præſentis ſanctionis poſſe ſibi acquirere.* Ex his conſtat militiam quandam eſſe armatam, quandam verò inermem. Illa quidem (de qua prius dicendum eſt) rectè, mea ſententia, in officialem & non officialem dividitur. Extat enim titulus in Codice Iuſtinianæo de filiis officialium militiarũ qui in

in bello moriuntur: 48. *titu. lib.* 12. *C.* ejuſque una conſtitutio, quæ eſt Imperatoris Conſtantini, officia milites habuiſſe oſtendit: cujus hæc ſunt verba: *Hi qui ex officialibus quorumcunque officiorum geniti ſunt, ſive eorũdem parentes adhuc ſacramento tenentur, ſive jam dimiſſi ſunt in parentum militiam vocentur.* Nam eorum mihi non placet opinio, qui eandem eſſe officii & militiæ ſignificationem exiſtimant. Quoſdam enim milites nullo officii genere ornatos fuiſſe ex eo conſtat, quòd Imperatores eorum qui aliqua dignitate præditi ſunt, officia, aliorum verò militias ſimpliciter dicant: ad eos ſæpius officia referant, qui in urbana verſantur militia, ut ſunt proximi ſacrorum ſcriniorum. Ideoque Iuſtinianus de ordinandis Quæſtoris ſacri palatii adjutoribus ſtatuens, idem in aliis quoque penè officiis omnibus obſervari reſcribit. Quibus verbis non oſtendit militias & officia indifferenter uſurpari, ſed in omnibus penè officiis obſervari; ut pro

ratio-

ratione temporum quibus libelli porrecti ſunt, ordinentur. Ea autem conſtitutio eſt ſub titulo de proximis ſacrorum ſcriniorum: *L.* 13. *C. de prox. ſacr. ſcrin. lib.* 12. quorum militiam, exercitationem ſeu officiū in ſcriniis palatii, id eſt memoriæ, epiſtolarum libellorumq; ac diſpoſitionum fuiſſe Theodo. Arcad. & Hono. ſcribunt. *L.* 3. *et ſeq. C. de proxi. ſac. ſcr.* Et annonas quidem quæ hujuſmodi officiis adſolent delegari, ad ſimilitudinem militum quibus ærariæ prębentur annonæ, adærari prę cipit Leo: *L.* 15. *C. de erog. mili. ann.* ut veriſimile ſit ad militum ſimilitudinem inſtituta fuiſſe hujuſmodi officia. De iis verò militibus loquimur, qui bellorum periculis expoſiti, glapiis, clypeis, & thoracibus nituntur: quorum alios cùm ſine officio, alios verò officiales fuiſſe dixerimus, ejuſdem omnino militia cum officio ſignificationis eſſe non poteſt. Militia verò non officialis à Valent. Theod. & Arcad. *L.* 5. *C. de numerar. lib.* 12. cohortalis dici mi-

hi videtur. *Exceptores* (inquiunt) *omnes judicibus provincialibus obſequentes, qui nec cohortalem militiam ſuſtinere videntur, neq; à fiſco ullas conſequuntur annonas.* id eſt, qui neque cohorti adſcripti ſunt, neq; aliquas conſequũtur à fiſco militares annonas: quæ etiã (ut ex Leone retulimus) civilibus ordinib. erogabãtur. Nam eos cohortalẽ habere militiã non interpretor, qui tanquã miniſtri & domeſtici judicũ utebantur privilegio militũ: neq; eos qui militũ cohortibus miniſtrabant: ſed eos qui ex cohortis numero nulla dignitate ornati erãt. Et quod Valentinianus *L.10.C.de cohortal.* ſcribit, eos qui chartas vel tabulas, vel quodcunque aliud miniſterium cohortis optaverint, non antè accedere permitti, quàm eorum nomen matriculis receptum primitus fuerit: aliam cohortalis militiæ ſignificationem eſſe non oſtendit. Scio tamen cohortales aliquando dici eos qui cohortalibus (ut ait Anaſtaſius *L.ult.C.de cohort.*) obſequiis obligati ſunt: quibus non fuere tot tantaq; privilegia, quanta militi-

Digitized by Google

bus ipſis. Sed de iis poſtea: nec enim rectè armatis militibus connumerantur. Inermis militia quædam eſt, quæ negotiationis ſeu profeſsionis propria eſt: quædam quæ præter negotiationem ſeu profeſsionem competit. Hanc diſtinctionem ex duabus Iuſtiniani cõſtitutionibus collegi: quarum una eſt ſub titulo *Negotiatores ne militent*. Altera quam Anaſtaſio nonnulli tribuunt, extat ſub titulo *de juriſdictione omnium judicum*. In illa ſic reſcribit Imperator: *Illis qui ad armorum extructionem ſuam profeſſionem contulerint, minimè prohibendis ad competentem ſuæ profeſſionis venire militiam, & hujuſmodi negotiationem nihilominus retinere.* Quibus verbis oſtendit quandam eſſe militiam quæ ipſi cohæret profeſsioni, eamque comitatur: ut qui negotiationem hujuſmodi exercet, à militia non excludatur. Hujus generis ſunt omnes negotiationes quæ majorum (ut ita dicam) militiarum quædam eſſe appendices videtur. eas adminicula cæterarum dignitatum

Digitized by Google

Leo *L.15.de erog. milit. ann. C.* appellat. *Annonas omnes* (inquit) *quæ univerſis officiis atque ſacri palatii miniſteriis, & ſacris ſcriniis, cæteriſq; cunctarum adminiculis dignitatum adſolent delegari &c.* unde Baſtagiorum, Fabricenſium, & apparitorum militia dicitur. *L.8.de muris legulis.l. 6. de Fabricen. lib.* 11. *C. l.* 3. *de diverſ. offic. lib.* 12. *C.* Ita rectè collegium fabrorum, centonariorumque militiæ Ravennatis & Mediolanenſis in antiquis lapidum inſcriptionibus militiam vocari exiſtimo. Erãt enim iſti armatæ militiæ adjutores, & ex eorum numero quos militibus miniſtrare diximus. Alia eſt militia, quæ præter negotiationem ſeu profeſsionem competit, id eſt quæ nulli cohæret negotiationi, ſeu profeſsioni. Ejus meminit Iuſtinianus in ultima (ut à nobis dictum eſt) conſtitutione tituli *de juriſdict. omn. judicum. Quapropter jubemus* (inquit) *hujuſmodi hominibus nec cujuslibet militiæ ſeu cinguli vel dignitatis prærogativam in hac parte ſuppetere: ſed eos qui ſtatutis*

in

in qualibet militia annumerati ſunt, vel qui dignitatem aliquam prætendunt, iis judicibus tam in publicis quàm in privatis cauſis obedire, ad quorum ſolicitudinem profeßionis ſeu negotiationis quam præter militiam exercent, gubernatio videtur reſpicere, id eſt, non propter certam militiam exercent. Neque enim cum Holoandro *propter militiam* legendum eſt. Et certè non omnes negotiatores ab omnibus removentur militiis, ſed ii tantùm qui diverſarum rerum negotiationibus detinentur: quos ergaſterio præeſſe dicunt Imperatores. Zeno. *l.* 12. *C. de cohortal. lib.* 12. *Sed etiam cunctos*, (inquit) *qui diverſarum rerum negotiationibus detinentur, trapezitas ſcilicet, vel gemmarum, argentiq́ue, veſtiumve venditores: apothecarios etiam, cæteroſque inſtitores aliarum mercium quibuſcunque ergaſteriis adhærentes, jubemus à provincialibus officiis removeri: ut omnis honor atque militia à contagione hujuſmodi ſegregetur.* Qua conſtitutione indicat negotiatores qui ergaſteriis

præſunt, à militiis provincialibus remoueri, & iis quidem officialibus. Prouinciales autem militiæ ſeu officia dicũtur quæ militibus per prouincias adſignantur, ut contra inermem militiam à Cicerone urbanam dici retulimus. Imperator Iuſtinianus. *l. un. C. negociatores ne militent. lib.* 12. *Eos*, ait, *qui vel in hac alma urbe, vel in prouinciis cuidam ergaſterio præſunt, militare de cætero prohibemus: exceptis argenti diſtractoribus qui in hac alma urbe negotiãtur. Hos enim, &c.* Quo reſcripto Zenonis conſtitutioni addit, ut nullam qui ergaſterio præſunt, militiam, ne inermem quidem, exerceant: cùm ille de armata tantùm & officiali ſtatuiſſet. Interpretari autem Iuſtinianum ex alio ipſius reſcripto oportet, ut non modò argẽti diſtractores, militias quæ armatæ non ſunt, habere permittãtur, ſed omnes alii negotiatores, profeſſoresve, qui ergaſteriis non præſunt. Ideo enim illos excipit imperator, quia officinę, quæ à Gręcis ἐργαστήριον dicitur, adhærere videntur. Quamobrem is ipſe Iuſtinia-

Iuſtinianus *L. ult. C. de pignor.* argenti diſtractores, metaxarios, & alios quarũcunque ſpecierum negotiatores acquirere militias poſſe reſcribit. Specierum autem negotiatores intelligo, non qui diverſarum rerum negotiationibus occupati aliquid operæ mechanicæ exhibent, & venale proponũt, ſed qui in ergaſterio minimè operantur, merceſq́; venales quæſtus quotidiani cauſa non oſtentant, verum quaſcunque alias honeſtæ negotiationis ſpecies exercent. Opifices enim omnes (ut eleganter M. T. Cicero ſcribit) in ſordida arte verſantur: nec quicquam ingenuum poteſt habere officina.

Eſt alia militiæ diviſio, quam in hac ipſa cõſtitutione attingit Iuſtinian. Ait enim *quācunq́ liberis ſuis vel alio modo cognatis militiā negotiatores acqſierint, eam tamẽ quæ vẽdi, & ad hæredes ſub certa definitione tranſmitti poteſt, creditoribus jure hypothecæ teneri.* Quibus verbis oſtendit quandam eſſe militiam quæ nec alienari, nec ad hæredes tranſ-

mitti ullo modo poteſt: aliam quæ vendi, ad hæredesque transferri poteſt, verùm non liberè & abſolutè, ſed ſub certa definitione.

Tertium militiæ genus ex novella ejuſdem conſtitutione 53. colligitur. Ipſe enim ſancit ut militiæ quæ ex caſu vocantur, non cuivis temerè hypothecæ nomine opponātur. Vt hæc militiarũ genera explicemus, intelligendũ eſt non otioſe Imperatorem noſtrum hanc ſive exceptionẽ, ſive interpretationem, *eam tamẽ quæ vendi, & ad hæredes ſub certa definitione tranſmitti poteſt*, adjeciſſe. Cùm enim latiſsima ſit militiæ appellatio, nec ad omnem adſpirare negotiatoribus liceat: quam ipſi acquirere poſsint, oſtendit ut id ſenſiſſe videatur: Quamcunque negotiatores militiam acquiſierint, eam tamen cujus ſunt capaces, id eſt, eam quæ vendi, & ad hæredes tranſmitti poteſt. Ex his conſtat eam alienari, & ad hæredes tranſmitti poſſe militiam, quæ ab argenti diſtractoribus & aliis nego-

Digitized by Google

gotiatoribus ergaſterio non adhærentibus etiam acquiri poteſt: quàm à nonnullis privatam militiam ſeu collegium, ab aliis officium quod ad hæredes & quoslibet alios ſucceſſores tranſit, appellari ſcio: ut eſt eorum munus qui regiis diplomatibus ceram imprimunt, quos calefactores ceræ dicimus. Sed neque illorum abſurda non videtur interpretatio, neque horum ſententia ad juris authorum opinionem accedit. Si enim militias, corpora & ſodalitia lege, ſenatusconſulto, vel principis placito conſtituta interpretemur, omnes negotiatores, etiam ii qui ergaſteriis adhærent, militias habere permittentur, eritque inanis Juſtiniani conſtitutio, qui (ut diximus) ne ad inermem quidem militiam eos aſpirare vult. Sed & ſervi in collegia tenuiorum volētibus dominis recipi poſſunt, cùm tamen ab omni militia excludantur. *L. 3. de colle. & corp. l. 6. C. qui milit.* Quod verò de officiis dicitur, ad noſtros quidem mores propius quàm ad Quiri-

tum jura accedit: quæ cùm interpretamur, videndum eſt quid ipſis juriſconſultis & Imperatoribus placuerit, non quid hodie obſervetur. Quanvis autem officia generali militiæ appellatione comprehendi poſsint, cùm ea eſſe dicamus communes quaſdam exercitationes eorum qui eadem præditi ſunt dignitate: aliud tamen ſignificare militia videtur, & maximè in hoc argumento. Itaque ut ingenuè quod ſentio dicam, ipſa hæc militia quæ vendi, pignori obligari, & ad hæredes tranſmitti poteſt, eſſe mihi videtur exercitatio quædam publica, populi Romani vel principis authoritate, ad ſimilitudinem ejus militiæ quæ armatis militibus adſignatur, conſtituta: cui annua ſalaria, certaque emolumenta aut ex annonis publicis, aut aliundè adſignata erant. Et veriſimile quidem eſt eum qui ipſam inſtituerat certa definitione ejus alienationem, ad hæredeſque tranſmiſsionem circumſcripſiſſe: quod Iuſtinianum obiter notaſſe diximus. Hæc autem

tem eſt militia de qua ſæpius noſtri juriſconſulti loquuntur. Celſus, *L. 22. de leg. 2. Lucius Titius* (inquit) *in teſtamento ſuo Publio Mævio militiam ſuam reliquit, ſive pecuniam quacunque redigi ex venditione ejus potuerit, cum ſuis commodis,* id eſt ſalariis. Nam commodorum appellatio latiſsimè patet, atque ex argumento & re ſubjecta interpretationem accipit. Ulpianus. *L. 11. §. 14. de le. 3. Si ſervo alieno militia relinquatur, an domino quæratur legatum dubitatur. Et aut ſcit ſervum eſſe, & dico æſtimationem deberi: aut ignoravit, & denegari fideicommiſſi perſequutionem: quia ſi sciſſet ſervum, non reliquiſſet.* Scævola. *L. penult. de leg. 3. Alumno præcepit militiam his verbis: Sempronio alumno meo illud & illud: & cùm per ætatem licebit, militiam illam cum introitu comparari volo: hæcq́ omnia integra.* Ex quibus verbis alienandæ hujus militiæ ratio colligitur. Nam cum ipſa ſit pecunia comparanda (ut etiam ex Iuſtiniano *l. ult. C. de pignor.* conſtat) æquum eſt ut vendi, pigno-

pignori dari, & ad hæredes tranſmitti poſsit, ut cætera quæ in commercium hominum veniunt. Sed & pro introitu certum aliquid dandum erat: quod militiis cum collegiis & corporibus commune erat. Idem ipſe Scævola lib. 7. Digeſto. *L. 52. §. 2. de act. emp.* *Inter venditorem & emptorem militiæ ita convenit, ut ſalarium quod debebatur ab illa perſona, emptori cederet. quæſitum eſt, emptor militiæ quam quantitatem à quo exigere, & quid ex hujuſmodi pacto venditor emptori præſtare debeat? Reſpondit venditorem actiones extraordinarias eo nomine quas haberet p̄ſtare debere.* Quod autem de ſalario ab alia perſona præſtando ſcribit, novellæ Iuſtiniani conſtitutioni *Nov. 53.* convenire non videtur. Hic enim omnem militiam publicam eſſe, neque aliunde omninò reditũ habere quàm ex principali liberalitate dicit. Verùm obſervandum eſt Haloandri interpretationem cum græca ſcriptura omnino non conſentire. Sic enim eſt Græcè καὶ τι πάσης στρατείας

δημα-

δημοσίας ἔσης. id eſt quanquam tota militia eſſet publica. Loquitur autem de iis militiis quæ pignori obligari nō poterant, ſed quas imperatores ſpeciali quodā jure ac humanitate & clementia moti creditoribus hypothecæ habere concedebant, quamvis totæ publicæ eſſent, neque aliunde quàm ex principis liberalitate reditum haberent. Unde à contrario colligi poteſt quaſdam fuiſſe militias quæ omninò publicæ non erant & aliunde quàm ex principalibus annonis ſalarium habebant, quæ ipſo jure alienari, ad hæredeſque tranſmitti poterant, id eſt ſine ulla principum indulgentia, & humana permiſsione. Mihi verò non placet quod quidam Scævolæ reſponſum enarrantes ſcripſerunt, milites aut à principe, aut aliunde ex publico ſalarium vel annonas vel quidvis aliud certum accepiſſe: nihil tamen vetitum fuiſſe cur non alia etiam emolumenta perciperent ab iis qui eorum opera uterentur: ut hodie judices ſportulas à litigantibus recipiunt,

piunt,& noſtri actuarii & grapharii ab iis quibus acta ſua publica concedunt, quamvis ſtipendio annuo donentur à principe. Nam Scævola diſertè ſalariū quod ab aliqua perſona debebatur, dixit. Verùm Ludovicus 12. Francorum rex conſtitutione ſua *Art.* 32. & 35. *fol.* 48. *vol.* 1. prohibuit ne judices & officiales regii aliquam penſionem ſeu ſalarium ab iis accipiant quibus jus dicere poſſunt. Sportulæ autem ſalaria non dicuntur. Quare mihi veriſimilius, & ad Scęvolæ ſententiam propius accedens videtur, ſalarium militiæ debitum ex principis vel Reipubl. authoritate, à certa perſona ſolvi oportuiſſe. Nam (ut facilè conjicio) non abſurdè quis dicat principem vel Rempubl. ſalaria hujuſmodi militiæ à certis quibuſdam perſonis præſtanda adſignaſſe, quæ extraordinaria actione petebantur, id eſt non datis á Prætore judicibus, ſed ipſo cognoſcente extra ordinem magiſtratu. Generaliter à nobis definitum eſt quæ militiæ vendi, pignori obligari, & ad

ad hæredes tranſmitti poſſunt: de quibus multę initio controverſiæ fuerunt: ſed ex diverſis juris authorum libris quænam illæ ſint, tandem conſtitit. Et ut finem huic diſputationi faciam, expreſsè Iuſtinianus *L.30.C.de inoffic. teſt. l.5.C.Qui milit.poſſ.lib.*12.oſtendit eas diſtrahi, & in alios conferri militias poſſe, quæ certa pecunia acquiri poſſunt, quæque ut cætera in commercium hominum veniunt.

De iis autem militiis quæ alienari nō poſſunt (quod ſecundū eſt noſtræ quæſtionis caput) non eſt adeo dubitatum. Nā cum omnes perſonis eorum à quib. exercentur, quodā modo hæreant, non facilè diſtingui poterant illæ quas alienare licebat, ſed diſtrahi nullas poſſe videbatur. Quæ tamē illæ ſint, ex ſuperiorib. intelligi poteſt. Quare ad tertium genus veniamus, in quo major difficultas verſatur. Et diſertè quidē Iuſtinian9 tria militiarum genera, aut certè duo, quorum alterū ſubdiſtribuit, facere videtur. Primùm enim quaſdam eſſe

militias

militias ſcribit quas vendi aut pignori obligari poſſe conſtat. Tum ſubjicit alias priſcis temporibus fuiſſe, quæ non hypothecæ ferebantur, ſed obſoleta quædam & prorſus ex uſu ſublata nomina, quas poſtea imperatores inopia creditorum perſpecta, ipſis ſpeciali jure, & humanitatis (ut ita dicam) gratia præbebant. *Novell.* 53. Poſtremò eam ob cauſam ſancit (id eſt quia imperatores interpellantium creditorum miſerati, earum militiarum jus præbebāt) ut militiæ quæ ex caſu vocantur, non cuivis temerè hypothecæ nomine opponantur. Quorum verborum hic mihi ſenſus eſſe videtur: Ut quemadmodum imperatores in illis militiis quæ pignori non obligabantur, ſed earum loco obſoleta quædam nomina ferebantur, quæ imaginariam quandam hypothecam concipiebant, jus pignoris cognita, ut ſic loquar, creditorum paupertate dabant, atque ſi verè pignori tenerentur: ita ſancit Iuſtinianus, ut hæ militiæ quæ ex caſu vocantur (quas

cum

eum à cæteris ſeparare veriſimile eſt; aut certè ut quibuſdam placuit, tanquam ſub ſecundo genere comprehenſas diſtinguere, ac ſi vellet moderari interpretarive principum liberalitatem) non cuivis temerè creditori hypothecæ nomine opponantur, id eſt, non niſi cognita cauſa, perſpectaq; ejus paupertate, præterquam ſi is ſit qui in hoc mutuam pecuniam dedit, ut ille militia potiretur. Fieri autem non poteſt, ut hanc conſtitutionem intelligamus, niſi quæ ſint ex caſu militiæ, cognoverimus. Equidem clariſsimum juris cõſultum Lælium Taurellum eas ex caſu militias appellare ſcio, quæ in alios transferri ex neceſſaria tantum cauſa per fortuitum caſum imminente poterant. Sed ea conſtitutio *L. ult. C. de prox. ſac. ſcr.* quam refert, ipſius ſententiam nullo modo juvat. Nam ſi nulla ſit alia ratio ob quam illæ ex caſu dicantur militiæ, eandem ob cauſam reliquæ omnes quas diſtrahi & ad hæredes trãſmitti ſub certa definitione poſſe diximus;

Digitized by Google

mus, quaſque manifeſtas eſſe Iuſtinianus, *L. ult. C. de pignor.* ſcribit, ex caſu appellari poterunt. Eam enim certam dici ab imperatore definitionem veriſimile eſt; quæ certas & neceſſarias cauſas definiebat ob quas militiæ vendi, pignori dari, & ad hæredes tranſmitti poterãt: cujus generis fuiſſe ſenium, morbum, vel alium fortuitum caſum affirmare auſim. Sed nec in eas quoſcunque ſubrogari poſſe Iuſtinianus reſcribit, ſed eos tantum quos ipſe enumerat: nec fortuitum omnem caſum amplectitur, verùm ſolius mortis meminit. Melius igitur alii, qui ex caſu militias fuiſſe putant, quæ non deferebantur hæredibus, verùm mortuo milite ad ipſum principem aut alium magiſtratum jus earum concedendarum redibat. Sed vereor ne longius à Iuſtiniani ſententia diſcedant. Nam & illæ militiæ quarum jus creditores ab imperatoribus obtinebant, non erant hæreditariæ: à quibus tamen eas quæ ex caſu vocantur, diſtinguit Imperator.

Præte-

Digitized by Google

Præterea ſic illi novam hanc conſtitutionem interpretantur, ut filios & uxorem in militia patris & mariti, ſi ſolvendo ſit, ſuccedere: verùm ſi inops, eam habere non tanquam ex ſucceſsione ſed ex principis beneficio Iuſtinianus velit. Quibus verbis ſignificant hanc militiam ſi ſolvendo ſit, non cadere: verùm ſi inops, ad principem redire, ex cujus liberalitate ipſi filii & uxor eam accipiant. Quod quàm rectè, & ad hanc conſtitutionem appoſitè dicatur, aliorum ſit judicium. Ego verò ex caſu militias dici arbitror, quæ ex caſu pendebant: adeò ut ipſæ, ſi fortè milites ſine ulla ſubrogatione (quam vulgo reſignationem appellant) decedere contingeret, ad principem venirent, de quibus ipſi ſuo arbitratu ante Iuſtiniani conſtitutionem diſponendi poteſtas erat. Sed ab earũ cõmerciis non excludebantur milites niſi caſu facto (Sic.n. imperator noſter loquitur *Nov.* 97.) id eſt niſi hujuſmodi caſus accideret quo militia tanquam caduca ad principẽ veniret.

Non difficile autem eſt intelligere quid inter hoc militiæ genus,& reliqua duo de quibus jam diximus, interſit. Nam ante caſum factum liberè alienari diſtrahiq; poterat: poſt ipſum verò idem penè obſervabatur atq, in militia quã ipſo jure vendi, pignori obligari, & ad hæredes tranſire non poſſe diximus: ut in ea ſcilicet creditor temerè jus hypothecæ nõ haberet, niſi pecuniam ad eam emendam crediſſet. Eſt & alia quæ ex hoc loco colligitur differentia, ut ex caſu militiæ acquiri pecunia potuerint; quemadmodum illæ quas ſub primo genere complexi ſumus: cum tamen reliquæ ex mera principum liberalitate proficiſcantur, quas ſecundò generi adſcripſimus. Verùm illæ quas alienari oſtendimus, etiam ſine ſubrogatione ad hæredes tranſeunt, ut cætera quæ in defuncti hæreditate inveniuntur. Aliæ verò nec diſtrahi, nec ad ſucceſſores tranſmitti, intercedente etiam ſubrogatione poſſunt, niſi principi placuerit. Eſt igitur hoc mediũ quod-

dam

dam genus utriuſque particeps, vel potius expers, ut de temperato dicendi genere Cicero noſter in oratore ſcribit. Itaque ut finem faciam, ex caſu militiæ ſunt, quæ tanquam fortunæ caſibus expoſitæ, ita ex eorum qui ipſas habent arbitrio pendere videntur, ut ſi quid tamen infortunii accidat quod ipſis liberam diſponendi facultatem auferat, ad principis nutum veniant.

AD L. GALLVS. DE *liberis & poſthumis.*

CAP. XV.

IUreconſultorum munus in interpretando, cavendo, & reſpondendo fuiſſe accepimus. Qui verò rempublicam illis officiis juvabant, gratiſsimi populo Romano erant, ut hic noſter Gallus Aquilius Q. Mutii P. filii Pontificis Maximi auditor: de quo M. Tullius Cicero in oratione pro Cecinna

ſic dicit. *Hoc dicã, nunquã ejus autoritatẽ omnium valere, cujus prudentiam populus Romanus in cavendo nõ in decipiẽdo perſpexit: qui juris civilis rationem nũquam ab æquitate ſejunxit: qui tot annos ingenium, laborem, fidem ſuam populo Romano promptam expoſitamq́; præbuit: qui ita juſtus & bonus vir eſt, ut natura, non diſciplina conſultus eſſe videatur: ita peritus ac prudens, ut ex jure civili non ſcientia ſolùm quadam, verumetiam bonitas nata illi videatur: cujus tantum eſt ingenium, tam prompta fides, ut quicquid inde haurias purum, liquidumq́; te haurire ſentias.* Itaque Gallus cum ſæpe poſthumorum nepotum præteritione, qui filio morte ſubtracto agnaſcebantur, teſtamenta rumpi videret, ipſeq́ue iterum atque iterum ſemel ea de re conſultus formulam teſtatoribus præſcriberet, qua ſuorum teſtamentorum conſervationi proſpicerent, hanc in populi uſum cautionem ac formulam utilem & neceſſariam induxit, quam interpretatus eſt Serbidius Scævola: ad quem veniemus

muscum hujus cautionis originem indagaverimus. Eleganter Iuſti. *in novella conſtitut.* 22. reſcribit, ut omnia quæcunque ab hodierno die teſtator diſponat, ſive vir exiſtat ſive mulier, ea firmitatem habeant. Sanciat enim quiſque (ait) in rebus ſuis ut dignum eſt, & pro lege voluntas ejus eſto; quemadmodum nobis lex etiam omnium vetuſtiſsima, & quæ prima ferè Romanis conſtituit Rempublicam, nempe 12. tabu. vetere & patria lingua his penè verbis inquit: *Is uti legaſsit ſuæ rei, ita jus eſto.* Nam verbis legis XII. tabul. latiſſima poteſtas tributa videtur & hæredes inſtituendi, & legata & libertates dandi, tutelas quoque conſtituendi. *L. verbis legis.* 120. *de verb. ſignific.* Hanc quidem legem antiquiſsimam, & cum humano genere natam, omniumque gentium mentibus inſcriptam eſſe M. Tull. Cicero *lib.* 3. *de finibus* oſtendit. & Iſocrates in *Aeginetico.* Ipſa enim nos docuit natura, ut de iis ſaltē quæ noſtro

labore & induſtria paravimus, liberè diſponamus: ideoq́; non mirum eſt ſi, cum Græci de aliis juris partibus parum inter ſeſe convenirent, in hanc tamen unam de jure teſtandi tanquam naturalem legem omnes cõſentirent. Cum igitur lege X I I. tabul. lata adeo poteſtas teſtatoribus data ſit, illa poſthumorum quorumcunq́; inſtitutionem conceſſam fuiſſe arbitror: ut quod Iuſtinia. §. *Poſthumus. Inſtit. de legat.* ſcribit, alienos poſthumos & antea inſtitui potuiſſe, & nunc poſſe, ex ipſius conſtitutione interpretationem accipiat: ut lege 12. tabu. (quæ alienos poſthumos ante ea tempora quibus ipſo jure inſtitui non poterãt, permiſerat hæredes fieri) rectè inſtitui hæredes potuerint: & nũc ex noſtra conſtitutione quę liberam teſtandi facultatem quadam prudentum ſubtilitate ſopitã reſtituit, poſsint. Verum eam poteſtatem interpretatione prudentum coanguſtatam fuiſſe Pomponius *d. l. verbis* ſcribit: cujus opinionem ſequutus ita apud Iuſtinianum
Inſtit.

Inſtit. Titu. de bon. poſſeſſ. alio loco interpretor, quòd alieni poſthumi inſtitutionem jure civili non valuiſſe dicit. Ius enim civile Pomponius noſter *L.* 2. *de ori. jur.* appellat prudentum interpretationem. ſic enim ait. *His legibus latis* (loquitur de legibus X I I. tab.) *cœpit ut naturaliter evenire ſolet, ut interpretatio deſideraret prudentium authoritatem, neceſſariamque eſſe diſputationem fori: hæc diſputatio, & hoc jus quod ſine ſcripto venit compoſitum, à prudentibus propria parte aliqua non appellatur, ut cæteræ partes juris ſuis nominibus deſignãtur* (*datis propriis nominibus cæteris partibus*) *ſed communi nomine jus civile appellatur.* Quare hæc alieni poſthumi inſtituendi prohibitio non lege ipſa X I I. tabu. ſed quodam uſu qui ex prudentum interpretatione manavit, introducta eſt. Quod & alii doctiſsimi juris interpretes ante me ſenſerunt: verùm propius quàm ſcholaſtici doctores ad imperatoris ſententiam non acceſſerunt. Nullum certè eſt XII. tab. caput, quo veti-

tam hanc fuiſſe inſtitutionem probetur: ut mirari ſatis non poſsim quid ſit quod unius Theophili Romanarum antiquitatum indocti authoritas eruditiſsimis etiã viris perſuaſerit lege XII. tabu. alienum poſthumum hæredem ſcribi non potuiſſe, cum ea ſententia à Pomponio diſertè refellatur, & Iuſtinianus noſter *Tit. de exhær. lib.* dicat, vetuſtatem mediamque juriſprudentiam omnes eas ſubtilitates quas ipſe ſua cõſtitutione ſuſtulit, introduxiſſe: legem verò XII. tab. illas ignoraſſe: ideoque prætores qui ſimplex jus, & ut à decemviris conſtitutum erat, ſequebantur, horum poſthumorum inſtitutiones probaverunt, eiſq́; bonorum poſſeſsionem dederunt. Qua autem ratione moti prudentes alienos poſthumos inſtituendos non eſſe reſponderint, quæritur. Equidem juriſconſultis placuiſſe exiſtimo incertas perſonas inſtitui non poſſe: quia (ut in Vlpiani epitome *Tit.* 22. legitur) certum conſilium debet eſſe teſtantis. Nulla autem is certa & delibe-

rata

ratą animi ſententia ac voluntate in cū opes facultateſq́; ſuas conferre poteſt, quem dubia opinione teſtator animo ſuo ſubjicit. Nec enim commodum atque tutum eſt ¡eum ſcribere hæredem, qui licet teſtamenti tempore in rerum natura eſſe videatur, incertum eſt tamē an ipſe naſciturus ſit, hæreſq́; eſſe poſſit. Et hęc quidem de alienis poſthumis, Suos enim hæredes ſcribere nullo jure prohibitus eſt teſtator : cum ſimul atq; concepti ſunt, quodammodo rerum paternarum domini exiſtimentur: *L. in ſuis. de lib. & poſthu.* ut teſtamentū valere non poſsit in quo præteritus eſt is qui poſt mortem naſci poteſt filius, ſuuſq; hæres. Unde Africanus *L. Si filius. de lib. & poſthu.* ſi filius hæres inſtitutus ſit omiſſo poſthumo, filioq́; ſubſtitutus nepos ex eo ſit: ſi interim moriatur filius poſthumo non nato : nepotem tam patri quàm avo ſuum hæredem futurum reſpondit : quia cum præteritione poſthumi ſui qui revera teſtamenti tempore conceptus erat, nul-

nullum ſit teſtamentum, ex eoq́; alter filius jam natus adire hæreditatem non poſsit, avo nepos ſuccedit. Ex his conſtat poſthumos quoſdã ſuos eſſe, quoſdam verò alienos. Illi ſui dicũtur, quos nemo in jure ſui præcedit: ut ſunt omnes primi gradus. Et ii quidem vel hæredes inſtitui, vel exhæredari debẽt. §. *Poſthumi. Inſtitut. de exh. lib.* author Ulpiani *Titu.* 22. epitomes, *Poſthumi quoque liberi*, inquit, *id eſt qui in utero ſunt: ſi tales ſint ut nati in poteſtate noſtra futuri ſint, ſuorum hæredum numero ſunt.* Alieni poſthumi appellantur qui quandocunque naſcentur, inter ſuos hæredes teſtatori futuri nõ ſunt. §. *Poſthumo. Inſt. de legat.* Extraneum enim vel alienum dicimus eum qui teſtatoris juri ſubjectus nõ eſt. §. *Cæteri. de hæred. qual. & differ.* Sunt verò quidam poſthumi, qui ſi tempore teſtamenti naſcerentur, ſui non forent: verum ſperantur ſui hæredes futuri, filio ſcilicet ante teſtatorem mortuo. Sed cum induxiſſent prudentes poſthumos alienos rectè

ſcribi

ſcribi hæredes non poſſe, hi etiam inſtituendi non videbantur: quia ſi teſtamenti tempus ſpectetur, ii ſui poſthumi ſoli dicuntur, qui tum nati cum de rebus ſuis diſponit teſtator, ſui hæredes futuri eſſent: nepotes autem poſthumi ſi eo tempore naſcerentur, ſuis hæredibus annumerari non poſſent. Sæpe autem contingebat, ut mortuo ante teſtatorem filio qui ſolus inſtitutus erat, ex eo nepos poſt avi obitum naſceretur: & is ipſe qui ſe præteritum videbat, cùm tamen ſuus hæres haberetur, & in filiorum gradum & conditionem redactus eſſet, teſtamentum rumperet. Quibus periculis cùm facilè teſtatores occurrere non poſſent; Gallus noſter cautionem quandam & formulam induxit qua poſthumi illi nepotes ritè inſtituerentur. Et ad novum quidem jus inducendum, vetuſque abrogandum, non magis Aquiliana cautio pertinet, quàm illa quæ à Pomponio *L. Commodiſſimè. de lib. et poſthum.* traditur ad eum hæredem inſtituendum qui

non

nondum natus eſt, verùm quandoque naſcetur, ſuus teſtatori futurus eſt hæres. Nam eò tantùm Galli formula pertinet, ut cautè teſtamentum ſcribat is qui ejus faciendi tempore conceptū ex filio nepotem intelligit: ne ſi eum omittat, ipſe natus rumpat teſtamentum. Sed an ſui, an verò alieni poſthumi nepotes dici debeant illi de quibus inſtituendis egit Gallus, parvi referre exiſtimo. Satis eſt enim ſi ejus cautionis vim ac interpretationem intellexerimus. Et certè Paulus *L. penul. de lega.* 1. *ab hærede poſthumo* (ſic enim in manuſcriptis codicibus legi) *fideicommiſſum dari poſſe* ſcribit. *Sola enim voluntas*, inquit, *ſervatur in fideicommiſſis. Et obtinuit ſententia Galli alienos quoque poſthumos legitimos nobis hæredes fieri.* Quibus verbis ſignificat à poſthumo hærede inſtituto fideicommiſſum relinqui poſſe, ut etiam lib. 4. ſent. titu. de fideicom. ſcribit. Controverſia autem in eo erat, quia hic poſthumus alienus videbatur; & Galli cautio ad inſtitutiones

tan-

tantùm, non autem ad legata & fidei-commiſſa pertinere dicebatur: cum i-pſe ſua formula proſpexerit ne teſta-mēta rumperentur. Præterea relictum erat in codicillis fideicommiſſum; ut ex inſcriptione hujus capitis ex Pauli libro ſingulari de jure codicillorum in Pandect. relati conſtat, in quibus neq; dari, neque adimi hæreditas poteſt: *Titu. Inſt. de Codicill.* cùm tamen Aquiliana conceptio ad hæreditatis dationem reſpiciat. His autem argumentis tacitè reſpondet Paulus. Cùm enim Galli ſententia obtinuerit alienos quoque poſthumos, id eſt, qui teſtatori cum i-pſe ſuprema ordinaret, ſui poſthumi non erant, ſed eos alii gradu & jure præcedebant, legitimos hæredes fieri poſſe, hoc eſt ex lege XII. tabu. quæ latiſſimam hæredes inſtituendi poteſtatem tribuit: nam & lege obvenire dicitur hæreditas, quam quis ex teſtamento accipit: *l. Lege obvenire. de verb. ſig.* conſe-quēs eſt ut ab iis etiā relinqui fideicom-miſſa poſsint, quāvis ipſi jā inſtituti ſint:

cùm

cùm ſola voluntas ſervetur in fideicō-miſsis. Itaque mihi non placet alia lectio, *A fratris poſthumo*: cùm is nequeat teſtatori poſthumus ne quidem alienus dici; ſed omnino ſit extra virilem ipſius poteſtatem. Nam nepotis inſtituendi formulam edidit Gallus, nec unquam de illo cavit, cui etiam inutiliter ante Iuſtiniani conſtitutionem legabatur. §. *poſthumo. Inſtitut. de legat.* Quamobrem oſtendit Gallus, qua cautione teſtatores poſthumos nepotes inſtituerent, quos tempore teſtamenti conceptos pater in jure ſui præcedebat. verùm mox ille: Deinde avus teſtator obiit. tum ipſi nati ſunt. Nam quod ad eos nepotes attinet, qui vivo teſtatore avo, ex filio poſt teſtamētum mortuo nō tantùm concepti, ſed etiam nati eſſent ſui; non exiſtimavit Gallus ſuam adeo neceſſariā eſſe cautionem: quia ſuperſtes avus teſtator qui jam natum nepotem filii locum tenere videt, novum facilè teſtamentum ſcribere poſsit, in quo cum ipſum primo gradu

inſti-

inſtituat aut exhæredet. Sed cùm ſemper integrum non ſit teſtamentum mutare, Iulio Velleo placuit idem in iis qui vivo quidem teſtatore, ſed poſt teſtamentum nati eſſent, ſtatuere, quod in poſthumis induxerat Gallus: ideoq; lex ab eo lata eſt, qua plenius proſpectum eſt conſervationi teſtamentorum. Ejus autem duo ſunt capita: quorum uno cautum eſt ut nondum nati nepotes inſtituantur, qui cum naſcerētur, ſui hæredes eſſent, locumque filii obtinerent, ne præteriti teſtamentum rumpant. Itaque latiſsimam teſtatori omnes virilis ſexus qui eo vivo naſcituri ſunt ſui, inſtituendi poteſtatem tribuit. Alterum caput eò pertinet, ut ſi qui deſierint eſſe ſui, ſequentes in eorum locum ſuccedant; ideoque ipſi ab initio hæredes inſtituantur vel exhæredentur: ne ſi omiſsi fuerint, rumpant teſtamentum. Et illi quidem licet propriè dici poſthumi non poſsint, ſic tamen poſthumorum loco habentur, ut poſt eos quaſi humatos qui priorem

gradum obtinebant, nati quodammodo videantur: ideoq; in ipſorum locum ſuccedant. Nunc ad Scævolam veniamus.

Ad principium capitis.

SCribit Scævola Gallum hac formula poſſe inſtitui poſthumos nepotes induxiſſe. Ita enim particulam *ſic* interpretor, ut jus aliquod novum non inſtituiſſe Gallum, ſed ex legis XII. tabu. interpretatione hanc cautionem compoſuiſſe, ac edidiſſe intelligamus, qua teſtamentorum conſervationi proſpiceret, quæ poſthumi nepotes præteriti naſcendo rumpebant: cum tamen facilè & expeditum non eſſet ipſos hæredes ſcribere, formulæ verba refert juriſconſultus, quæ ſic accipienda ſunt, ut filii inſtitutionem præcedere oporteat: quod is ipſe admonet, §. *In omnibus. infra.* & Africanus *L. Si mater.* 33. §. *ſi filius. de vul.* diſertè teſtatur, cum Gallo Aquilio placuiſſe ſcribit filium & ex eo nepotem poſthumū hæredes inſtitui.

Digitized by Google

ſtitui. Duo ſunt igitur (ut Iuliano *L. cum in teſtamento 37. in princ. de hæred. inſt.* viſum eſt) hæredum gradus: filius quidem inſtitutus, nepos verò ipſi quodammodo ſubſtitutus. Nec enim hujuſmodi nepotis inſtitutio dici propriè ſubſtitutio poteſt. Decem autem menſium Gallus ideo meminit: quia poſt decem menſes ab obitu mariti partus legitimus naſcitur. *L. Inteſtato. §. Poſt decem. de ſuis & legit.*

Ad §. I.

HAnc cautionem non ita fuiſſe à Gallo conceptam exiſtimo, ut ſi teſtator vel minima ejus ſyllaba caderet, teſtamentum rumperetur; ſed ipſam fuiſſe formulam qua teſtans in hæredibus ſcribendis cautior fieret: Ideoque illius interpretes eam multis modis ad conſequentias produxerunt, ut hic noſter Scævola qui ſpectandum eſſe docet, non quid formulę verbis contineatur, ſed quis ejus fuerit finis atque ſcopus. Sic enim ait: *Quidam rectè admit-*

tendum credunt, etiam ſi non exprimat de morte filii, ſed ſimpliciter inſtituat: ut eo caſu valeat, qui ex verbis concipi poßit. Significat autem juriſconſultos quoſdam exiſtimaſſe rectè admittendum quod ſcribit Gallus, ut eo caſu valeat cautio, qui ex ipſius verbis concipi inducique poſsit, etiamſi nullam formula mortis filii mentionem contineat, ſed ſimpliciter nepos poſthumus inſtituatur. Quamvis igitur mortem filii nõ exprimat teſtator, ſed ſimpliciter dicat, *Si ex filio meo nepos me mortuo naſcatur*: ipſius nepotis inſtitutio ad Aquilianam formulam accommodata & concepta intelligetur.

Ad §. *Idem credendum.*

AQuilianam cautionem quæ tãtùm de nepote ſcripta erat, ad pronepotem extendit Scævola, eamq; Galli mentem fuiſſe ſcribit. Tres autem hujus productionis caſus explicat. Quorum unus eſt, cùm filius tempore teſtamenti mortuus eſt, atque primum in

jure

jure ſui locum nepos obtinet, ut pronepos ex eo poſt teſtatoris mortem naſciturus ſuus rectè ex Galli formula inſtituatur. Alter caſus eſt in ſpecie diverſa, cum vivo adhuc tempore teſtamenti filio ex jam mortuo nepote qui prægnantem reliquit uxorem, conceptus eſt pronepos, ut is poſt filium & avum naſciturus inſtituatur. Tertius caſus eſt, ſi filius & nepos vivant, atq; filium teſtator inſtituat, nepotem prætereat, ſed ex eo naſciturũ pronepotẽ ſecũdo loco heredem ſcribat. Tum enim valebit inſtitutio, totumque teſtamentum ratum erit, ſi prius nepos, deinde filius vivo adhuc teſtatore decedat, ne ſucceſsione teſtamentum rumpatur. Diximus formulam Aquilianam filii inſtitutionem ritè factam præſupponere, ut eam cautionis verba non ſignificent, ſed prius filium hæredem ſcribere oporteat, tum formulam concipere: Ideoq; nepos his verbis inſtitutus non cenſetur, *Si filius & nepos me vivo moriatur, tunc qui pronepos naſcetur, hæres eſ*

ſto. Ideoq́; ſi filius prior decederet: ipſe in ejus locum ſuccedens, quia præteritus, teſtamentum rumperet. Et intelligendum quidem eſt inter filium jam natum & poſthumum, quod ad præteritionem attinet, multum intereſſe. *L.* 3.*de injuſt. rupt.&c.* Natus enim præteritus, injuſtum facit teſtamẽtum. Nam cùm inter cætera quæ ad teſtamenta ordinanda deſiderantur, principale jus ſit de filiis jam natis hæredibus inſtituendis vel exhæredandis; non poteſt valere teſtamentum quod contra ipſius juris regulas factum eſt: ut ne illud quidem filio ante teſtatorem mortuo cõvaleſcere & redintegrari poſsit. *L. ſi filius. de lib. & poſthu.* §. 1. *Inſt. de exhær. libe.* Verùm poſthumus præteritus non reddit teſtamentum nullum, ſed quaſi ſuſpendit interim dum naſcatur: & natus rumpit, ſi ſe exhærodatum non inveniat. Itaque etiam ſi vivo teſtatore natus decedat, nullus ex eo teſtamento hæres exiſtet. Id enim juris civilis ſubtilitas exigit. Sed ea ſcrupuloſitate

tate relicta Alexander imperator & divus Adrianus (ut ab Ulpiano *L. Poſthumus.* 12. *de injuſt. rup. &c.* ſcriptum eſt) humanitate quadam & benigna juris interpretatione reſcripſerunt, ut ſi teſtamentum ſignatum fuerit, bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas accipere hæres ſcriptus poſsit, remque obtineat: idcirco legatarii & fideicommiſſarii habeāt ea quæ ſibi relicta ſunt. Idem & circa injuſtum & irritum teſtamentum dicendum eſſe Ulpianus ſcribit, ſi bonorum poſſeſsio data fuerit ei qui rem ab inteſtato auferre poſſit. Quibus verbis eandem rupti, injuſti, & irriti rationem habere videtur: cum tamen ſuperſtitem filium eodem jure cum poſthumo non cenſeri diximus. Eſt igitur diligenter notandum quòd ille venientes ab inteſtato hæredes nominatim dixerit. Nam ſi poſthumus præteritus ſit, omnes ſive extranei ſive legitimi ex Adriani & Alexandri impp. beneficio bonorum poſſeſsionem ſecūdum tabulas accipient,

modò juris prætorii ſolennia in teſtamento non defuerint. Quòd ſi filius natus prӕteritus ſit: quamvis ab initio nõ valeat teſtamentum, nec ejus morte confirmari poſsit, ex benigna tamen interpretatione receptum eſt, ut ipſo ante teſtatorem mortuo, bonorũ poſſeſsio ei detur qui rem ab inteſtato auferre poſsit; ideoque legata, fideicommiſſa & libertates ab eo præſtentur. Quod & Papinianus *L. Filio præterito. de injuſ. rup.* in ea ſpecie oſtendit, in qua ex pluribus filiis in patris poteſtate cõſtitutis unus præteritus eſt. Si is enim bonis ſe patris abſtinuerit, licet juris ſubtilitas refragari videatur, attamen teſtatoris voluntatem ex bono & æquo ſervandam eſſe ſcribit. Diverſitatis inter extraneos & legitimos ratio aperta eſt: quia cum filio præterito teſtamentum inutile reddatur, ex eoque hæres ſcriptus adire hæreditatem nequeat, veniunt ab inteſtato legitimi hæredes: qui ſi à teſtatore inſtituti fuerint, nec filius eo tempore inveniatur quo jus & vim

Digitized by Google

vim ſuam teſtamentum habet, id eſt cùm moritur teſtator: quamvis ſubtilitate juris ex teſtamento ſuccedere non poſsint, æquum tamen viſum eſt, ut ipſis bonorum poſſeſsio ſecundum tabulas detur. Sed *poſthumorum loco ſunt* (inquit Cajus *L. Poſthumorum. de injuſ. rup.*) *qui in ſui hæredis locum ſuccedendo quaſi agnaſcendo fiunt parentibus ſui hæredes*, ut in hac ſpecie in qua verſamur: teſtator habebat filium, & ex eo nepotem: quia filius gradu præcedit, is ſolus jura ſui hæredis habet: ideoque ſi ante eum nepos decedat, non eſt quod teſtamentum rumpere poſsit. Verùm ſi prior decederet ipſe filius, hic nepos ſucceſsione teſtamentum rumperet, juris quidem ſubtilitate, ad quam reſpexit Scævola, ſed pronepoti ut cuivis alteri ſcripto hæredi bonorum poſſeſsio ſecundum tabulas (ut Impp. placuit) daretur. Subjicit juriſconſultus *Verſic. & quid ſi tantum.* Hunc tertium caſum ad eam ſpeciem produci in qua mortis tãtũ filii nõ nepotis meminerat teſtator.

Ad §. *Quid ſi aquæ.*

PRopoſita pro exemplo á Gallo formula, ex ejus conſilio & mente ad ſimiles caſus producitur. Is enim cautionem ſuam in caſum tantum mortis conceperat: verùm Scævola poſthumi nepotis inſtitutionem eo etiam caſu qui ex verbis concipi poſsit, admittendam eſſe reſpondit, quamvis nullum in teſtamento de filii morte verbum eſſet. Quod nunc confirmat: *Quid ſi aqua & ignis interdictione peteretur?* inquit. Nam eo caſu filius ab hæreditate rejicitur, & è rerum natura quodammodo ſublatus videtur: ideoque poſthumus nepos ſuus hæres naſciturus eſt. Tum ſubjicit, *Quid ſi nepos ex quo pronepos inſtitueretur ut oſtendimus, emancipatus eſſet?* Quæ verba ut ſuperioribus cohæreant, ſic intelligi poſſe exiſtimo. Teſtator hæredem filium ſcripſit, nepotem emancipavit, & ex eo pronepotem inſtituit. Quid ſi filius decederet deportaretur ve, an pro-

nepos

nepos rectè inſtitutus diceretur? Et teſtamentum quidem rumpendum videbatur, cum nepos præteritus eſſet. Hunc tamen caſum & ſimiles ex quibus ſuus hæres poſt mortem ſcilicet avi naſceretur, ad ſimilitudinem mortis admittendos eſſe ſcribit Scævola, idque ex ſententia legis Velleæ. Nam & Ulpianus *L. Verum eſt. de inju. rup.* filiam cum emancipatur, vel nepotem (quia unà cum emancipatione exeunt de poteſtate) teſtamentum non rumpere reſpondit: & lex Vellea generalem & infinitam cautionē edidit, qua omnes caſus complectitur quibus quis jus ſui amittere, & de teſtatoris poteſtate exire poteſt. At ipſa de jam natis nepotibus, non de naſcituris proſpexit. Ideo non ex ejus verbis, ſed ex ſententia hæc interpretatio admittitur. Itaque conſtat huc non pertinere quæſtionem quæ de caſu omiſſo agitatur, quam alio loco commodius à nobis explicatam *Libr. 2. Varia. quæſtio.* non repetimus.

Ad

Digitized by Google

Ad §1. Quid ſi is.

EQuidem ut hic locus intelligatur, cum ſuperiori in quo de nepote emancipato dixit juriſconſultus, conjungendum eſſe arbitror: quod & totius interpretationis ſeries indicat. Hoc enim ordine formulam Aquilianam producit Scævola, ut ſequens, exemplum, proximi atque conjuncti acceſsio quædam & appendix videatur. Hujuſmodi eſt igitur ſpecies de qua diſputat juriſconſultus. Qui filium apud hoſtes habebat, teſtatus eſt, ipſumque hæredem ſcripſit: ex eo nepotem emancipavit, cujus uxor prægnans erat. Quare non induxit Gallus, ut ſi qui naſceretur pronepos antea quàm filius ab hoſtibus rediret, quamvis poſt mortem patris decederet tunc (cum ſcilicet pronepos naſceretur) deinde nepos (intellige decederet) vel etiam filio in hoſtium poteſtate conſtituto, & nepote emancipato adhuc viventibus, poſt mortem ſcilicet teſtatoris (quem patrē filii ratione

tione ex quo cæteri deſcendunt appellavit) is teſtamentum non rumperet? id eſt, quare formulam non edidit Gallus qua teſtator qui filium apud hoſtes habebat, & nepotem emancipaverat, proſpicere poſſet ut poſthumus pronepos hæres ſcriberetur, ne omiſſus teſtamentum rumperet? Nam ſive naſcatur filio & nepote poſt teſtatoris obitum mortuis, ſive illis adhuc vivis: eum nemo in jure ſui præcedit. Nam filii apud hoſtes viventis jus pendet, *L. Si quis. de lib. & poſthum.* nec ullum gradum habere videtur. Nepos autem emancipatus non rumpit (ut diximus) teſtamentum in quo præteritus eſt. Quòd ſi jam uterque deceſſerit, hic ipſe pronepos ſuus naſciturus eſt; ideoq; agnoſcendo teſtamentum rumpet. Verùm quia lex Vellea ad regulam & rationem Galli ſeſe accommodans, multos rumpendi caſus abſtulit: ejus argumento receptum eſſe ait Scævola, ut ad hunc etiam caſum Aquiliana cautio produci poſſit, adeò ut generaliter cautum intelli-

gatur

gatur nepotem de quo ea ſcripta eſt, & pronepotem, cæteroſque deinceps quibuſcunque caſibus inſtitui poſſe, quibus poſt teſtatoris mortem naſcerentur ſui, rumperentq́; præteriti, atque etiam ſi teſtator verbis generalibus formulam ita conciperet: *Quiscunque poſt mortem meam natus ſuus fuerit, hæres eſto.* Itaque non omnino Pandectarum Florentinarum lectionem ſequor: neque *avi*, ſed *qui*, cum Haloandro legendum ſentio. Nam & in vetuſtis aliis codicibus ita ſcribitur, & hæc lectio ad Scævolæ ſententiam propius accedit.

Ad verſic. Et melius eſt.

EX hoc loco conſtat legem interpretatione produci poſſe: cumq́; ea unum caſum expreſsit, ad alios in quibus eadem ratio eademq́; utilitas verſatur, extendi: non autem teſtatoris proviſionem quæ unum caſum complectitur, ad cæteros omiſſos produci. Cur enim tot exemplis Scævola Aquilianam

lianam formulam ex legis Velleæ ſententia illuſtraret, ex eaque Gallum non de morte tantùm ſed de cæteris etiam omnibus caſibus ſenſiſſe oſtenderet, ſi teſtatorum voluntas facilè extenderetur? Et ipſa quidem teſtamentorum interpretatio non niſi ex conjecturis admittitur, ſi quidem ipſum teſtatorem de caſu omiſſo cogitaſſe eumque ſub expreſſo intellexiſſe conſtet: vel ſi alterum duntaxat caſum expreſſerit, quia is ſolus ejus animo obverſabatur, neq; aliud eventurum exiſtimabat, idem tamen alioqui de altero dicturus ſi de eo cogitaſſet. *L. Vlt. C. de poſth. hære. L. Titius. §. Lucius. ſuprà eod. L. Mulier quæ duobus. Ad S. C. Trebellia.*

Ad §. Si ejus qui filium.

CUm Aquilianæ formulæ quæ lege Vellea antiquior eſt, ipſiuſq; legis cautio eò pertineat, ne teſtamenta rumpantur: nihil refert quo jure poſthumi inſtitutio valeat, modò ea teſtamentum conſervet. Ideoq; ſi ejus qui filium habeat, & nepotem poſthumum

ex

ex eo inſtituat, nurus prægnans ab hoſtibus capta ſit, ibique vivo avo pariat, mox ille poſt patris & avi obitum redeat, nihil refert an ex jure antiquo ex quo formula Aquiliana concepta eſt, an ex lege Vellea teſtamentum non rumpat. Quod etiam obſervatur, ſi jam mortuo filio pronepos ex uxore prægnante quæ capta erat ab hoſtibus, inſtituatur: isque mortuo teſtatore redeat. Verùm *Scævola* in hac poſteriori ſpecie nepotis ideo nõ meminit, quia cùm tempore teſtamenti mortuus eſſe filius dicatur, atq; ita ejus locum tenere nepotem conſtet: idem jus quod ad filium pertinet, ad nepotem refertur. Hujus autem dubitationis cauſa ex ſuperioribus facilè colligitur.

Ad §. *forſitan addubitet quis.*

EQuidem Haloandri lectionem ſequutus, eum hujus loci ſenſum eſſe arbitror. Cum ſuam formulam in caſum mortis Gallus conceperit, & de poſthumo poſt teſtatoris mortem naſcituro

Digitized by Google

ſcituro egerit, forſitan addubitare quis poterit, ſi iſtis caſibus quos Scævola Aquilianæ formulæ interpres explicat, nepos poſt teſtamentum naſcatur vivo patre ſuo, deinde ex eo concipiatur is qui ſcilicet mortuo patre ſuo qui ipſe eſt nepos, deinde avo, naſcatur: an non potuerit hæres inſtitui, quia pater ipſi9 non rectè inſtitutus eſſet ex Galli conſilio. Quod minimè eſt expaveſcendum. hic. n. pronepos ſuus hæres naſcitur, & poſt mortẽ naſcitur, atq; ita ipſe rectè poſthumus dicitur: ejuſq; inſtitutio ad Aquilianam formulã pertinet. Sed quia difficilis eſt hic locus, cum exẽplo illuſtrare ſtatui. Quidam filium habens, & ex eo nondum natum nepotem, generalibus verbis quencunque ſibi poſt mortem naſciturum ſuum hæredem inſtituit. Mox eo vivo nepos naſcitur, qui rectè non videtur inſtitutus, quia is caſus teſtamento comprehenſus non eſt: & cum ex Galli cautione teſtatus ſit avus, de eo caſu omiſſo cogitaſſe nõ videtur, *L. Commodiſſimè. de lib. & poſt.*

M Deinde

Deinde ex eo nepote conceptus eſt is qui prius mortuo patre ſuo, ſcilicet nepote, deinde avo (qui ipſe quidem non eſt teſtator, ſed ejus filius, pronepotis avus) natus eſt, mortuo nempe proavo teſtatore, quem eo tempore deceſsiſſe quo naſcitur poſthumus, formula Aquiliana requirit. Quæri poteſt an hoc caſu hæres inſtitutus videatur pronepos: & reſpondet Scævola eum ritè hæredem ſcriptum eſſe: quia ſuus hæres naſcitur, & poſt mortem naſcitur. Quæ duo neceſſaria ſunt ut poſthumus ex Galli conſilio inſtitutus hæres teſtatori ſuccedat. Scripſit autem juriſconſultus nepotem prius, deinde filium decedere oportere, ne ſucceſsione teſtamentum rumperetur. hanc interpretationem ſuadet quod ipſe ſubjicit, quia pater ipſius non rectè inſtitutus eſſet. ex eo enim colligitur, hîc patrē nepotem dici: ut cum de ipſo nepote loquitur, patrem nepotem intelligit.

Ad verſ. Ergo & ſic.

Ergo

ERgo & ſic pronepos qui natus erat ex nepote poſtea vivo filio, admittetur, atque ſi ex eo natus eſſet, aut adoptatus (ſic enim manuſcripti codices habent) admittetur. Quibus verbis indicat Scævola ex ſuperiorib. id colligi poſſe, ut ſi pronepos natus erit ex nepote & filio præmortuis, ſed prius defuncto nepote poſt quem filius adhuc vixit, eum ita admitti, atque ſi ex ipſo filio natus eſſet, aut adoptatus in locum nepotis.

Ad §. in omnibus.

SUbjiicit Scævola quod in hac quæſtione præcipuum eſt, quodq́; in ordinandis teſtamentis maximè requiritur, nempe ut filius qui eſt in poteſtate, primo gradu & loco ex aliqua ſaltem parte inſtituatur, ſive purè, ſive ea ſub conditione, quæ in ejus ſit poteſtate. Alioqui enim eo præterito nullum eſſet teſtamentum: neque hîc ſatis eſſet eum nominatim exhęredare. Nam ejus exhæredatio hoc caſu non

Digitized by Google

poſſet in vita confirmari. Nemo enim eo vivo eſt hæres qui adeat hæreditatem: quod eſſet ad confirmandam exhæredationem neceſſe. *L. Filium. §. ſed cum. de bon. poſſ. contra tabu.* Sic etiam dictum eſt non valere teſtamentum in quo ita ſcriptum ſit, Titius poſt mortem filii hæres eſto, filius verò exhæres eſto, quia hic filius non niſi poſt mortem ſuam exhæredatus intelligi poſſet. *L. Si ita ſcriptum. §. ult. hoc titu.* Admonet autem juriſconſultus hoc caſu eum duntaxat filium inſtituendum eſſe, qui eſt in poteſtate, quique cæteros in jure ſui præcedit: non etiam eum qui apud hoſtes eſt, ſaltem ſi apud eos moriatur. Tum enim non obeſſe ejus præteritionem conſtat. *L. penul. hoc titu. L. Si quis filio. §. ſed ſi pater. de injuſt. rup.* Tametſi nocere poſſet ſi ab hoſtibus reverteretur, nepotem quoq; ac pronepotem inſtituere adeò neceſſarium non videtur: quia præteriri poſſunt, ſi ut dictum eſt præmoriantur: ne ſucceſsione teſtamẽtum rumpant: ſufficitq; liberos eorum hæredes ſcribere.

§. *Nunc*

§. Nunc de lege Vellea.

NUnc quæ propria ſint legis Velleæ capita, tractat juriſconſultus: illorumq́; uno cautum eſſe ſcribit, ut ejus etiam agnatione non rumpatur teſtamentum, qui ante teſtatoris mortem naſcitur: ideoq́; ipſum teſtamenti tempore conceptum vel hæredem inſtituere vel exhæredare neceſſe ſit: quod ad eum non tantum pertinet, qui ex præmortuo filio conceptus à teſtatore inſtituitur, verùm etiam ad eum qui an ſuus heres naſciturus ſit dubitatur: cùm filius qui teſtamenti tempore vivit, eum in jure ſui præcedat. *Si igitur* nepos eo modo inſtitutus ſit, quo Gallus inſtitui poſthumum induxit, teſtamentum non rumpet: cum ut quis ſuus hæres naſcatur, non faciendi teſtamenti, ſed quo naſcitur, tempus obſervari debet: ita ut ſive illo, ſive alio quocunq́; tempore agnaſceretur, ex verbis legis rumpere teſtamentum non intelligeretur. Alterum legis Velleæ caput genera-

neraliter conſtituit, ut ſi quis ſuus hæres eſſe deſierit, in ejus locum ſequentes ſuccedant, qua ſucceſsione ſui agnaſcantur. Ideoq; inſtitui vel exhæredari debeant, ne præteriti rumpant teſtamentum. Hujus capitis verba ad omnes caſus pertinent quorum in Aquilianæ formulæ tractatu mentio facta eſt: ut locum illud habeat ſive morte, ſive deportatione, ſive emancipatione, ſive quo alio modo quis ſuus eſſe deſierit. Adjecit autem Scævola locum quoque habere poſſe ſive prior decedat nepos, deinde filius: ſive contrà poſt filium teſtatoris mortuum nepos vel hæres inſtitutus, vel nominatim exhæredatus ſuus eſſe deſierit, ut tum ſucceſſione pronepos ſui jura nanciſcatur. Addit deinde Scævola, quod ex iis quæ ſupra dicta ſunt, intelligi poteſt, ut ſi quis ex filio ab hoſtib. capto nepotem inſtituat, ibiq; filius poſt teſtatoris morte decedat: ex captivitatis tempore á quo mortuus fingitur, is ſuus eſſe deſierit, proptereaq; nepos in ejus locū ſucceſſerit.

Ad

Ad §. Ille caſus in difficili eſt.

CUm priori capite de eo hærede ſcribendo qui poſt teſtamentum naſcitur ſuus, caverit lex Vellea: poſteriori autem non de inſtituendo ſuccedente in locum ſui hæredis egerit, ſed per eum ſucceſsione teſtamẽtum rumpi vetuerit, qui teſtamẽti quidem tempore ſuus non naſceretur, verùm poſtea in ejus locum qui ſuus eſſe deſiiſſet, ſuccederet: quid de iis dicendum videretur, qui teſtamenti tempore cõcepti à teſtatore inſtituuntur, iiq; non naſcuntur ſui filio adhuc vivo, ſed poſtea filio ante teſtatorem mortuo ſui hæredes fiunt, dubitatum eſt an utiliter ſint inſtituti, ne rumpant teſtamentum: quod neutrius capitis jure præcedere poterat. Iuliano tamẽ placuit duobus quaſi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne omiſſi teſtamentum rumperent per legem Velleam, per quam non inſtituti, aut nominatim non exhæredati rumpere poſſent. Sed cùm ex Iuliani ſententia

receptum ſit nepotem rectè ita inſtitutum eſſe, ipſumque teſtamentum non rumpere, exiſtimat Scævola eum emācipatum ſponte adire poſſe hæreditatem, cùm emancipatio efficiat ut non ſit ſuus & neceſſarius hæres, ſed voluntarius. Nepotem verò emancipatum intelligere oportet poſt filii mortem, ſic ut aliquo tempore ſuus fuerit, & in filii locum ſucceſſerit.

EXPLICATIO CVIVSdam capitis XII. tabu. de ritu nuptiarum.

CAP. XVI.

VArios fuiſſe in antiqua Roma contrahēdarum nuptiarum ritus non ignorant, qui vetera monumenta ſtudioſè perquirunt. At ego illos omnes quia alio loco enarravi, nunc explicare non ſtatui, ſed aliquod legis XII. Tab. caput, in cujus reſtitutione, elaborarunt

pleriq-

pleriq;. hoc autem ipſum eſt, ut ex Gellio *Lib. 3. cap. 2* collegi. *Si per trinoctium uxor à viro abſuerit, eam vir uſurpato.* Et intelligendum quidem eſt, ut quid eo cautum ſit cognoſcatur, obſervatū à veteribus Romanis fuiſſe, ut viris darentur uſui uxores: quia qui filias in poteſtate habebant, nolebant eo jure privari. Quòd cùm maritis grave eſſet, legis XII. tabu. ſubtilitas introduxit, ut ſi uxor quæ integro ferè anno apud virum fuerat, per trinoctium abſuiſſet, eam maritus uſurparet, id eſt ſuam faceret, & re ipſa atque (ut ita loquar) de facto caperet. Sic enim veteres hoc verbo uſurpare uſos fuiſſe video. M. Tul. Cicero lib. de Orat. 3. *Etiam hac utuntur in inſtituendo diviſione, ſed ita, ut non jure aut judicio, non deniq; ut recuperare amiſſam poſſeſsionem, ſed ex jure civili ſurculo defringendo uſurpare videantur.* Idem ipſe in Verrem: *Tot annis pòſt, jure imperii noſtri quotannis uſurpato, ac ſemper retento.* Veriſimile eſt certè hac lege & conditione ſuas filias ſpo-

ſpondiſſe veteres, ut ex ſua familia & poteſtate non exirent, ſed viris uſui eſſent. Magna verò legis XII. tab. ſubtilitas fuit, quæ ne ſolum in iis perpetuò uſum haberent mariti, ipſis permiſit illas apprehendere, ſuaſq; facere, ſi trinoctio quo abeſſe ſine nota poterant, virorum ſocietatem quaſi ipſorum uſum interrumpentes relinquerent. Et hæc quidem interpretatio, Gellii verbis quæ ſubjeci, optimè cõvenit, quid Q. Mutius ſcripſerit ſuper ea quam maritus non jure uſurpaviſſet, quòd rationem civilis anni non habuerit. *Q. quoq; Mutium Iuriſconſultum dicere ſolitum legi, non eſſe uſurpatam mulierem, quæ cùm Calendis Ianuariis apud virum cauſa matrimonii eſſe cœpiſſet, ante diem quartum Calendas Ianuarias ſequentes uſurpatum iſſet. non enim poſſe impleri trinoctium quod abeſſe à viro uſurpãdi cauſa ex 12. tabulis deberet: quoniam tertiæ noctis poſteriores ſex horæ alterius anni eſſent, qui inciperet ex Calẽdis.* Hæc eſt Gellii diſputatio, quæ ſatis indicat ſcriptum à De-

Digitized by Google

à Decemviris, caput fuiſſe, & in 12. tabulas, relatum, idem verbis aut certè ſentētia cum eo quod ipſe propoſui.

CONCILIATIO L. I. *C. de promiſſ. dot. & l. Cùm poſt. §. Gener. de jur. dot.*

CAP. XVII.

DOs multis modis conſtituitur: conventione, acceptilatione, ſtipulatione. Conventionem intelligo nudam, quæ nulla ſtipulatione confirmatur. Eſt autem in dote ſpeciale, ut ipſa nudo pacto conſtituatur, cùm ex eo dari actio non ſoleat. *L. ad exactionem. C. de dot. promiſſ.* Hoc illud eſt quod dixere veteres dotem dicere aut promittere. author Ulpiani epitome. *Tit. de dot. & tit. de tut. Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur.* Dicere dotem eſt (judicio meo) ſine ulla ſtipulatione dare: promittere, id eſt per ſtipulationem. Cajus in Inſtitutionibus,

licet ex nuda pactione non naſcatur obligatio, inquit, ſi tamẽ mulier dicat dotem, obligatur. Idem in Cod. Theod. titu. de inceſt. nup. Magna verò & difficilis eſt cõtroverſia, ſi promiſsio certam quantitatem non contineat, ſed ſimpliciter cõcepta ſit, an valeat. Sic enim Alexander Severus reſcripſit: *Fruſtra exiſtimas actionem tibi competere, quaſi promiſſa dos tibi, nec præſtita ſit: cùm neque ſpecies ulla, neque quantitas promiſſa ſit: ſed hactenus nuptiali inſtrumento adſcriptum ſit, quòd ea quæ nubebat, dotem dare promiſerit.* Papinianus autem, *Gener à ſocero* (inquit) *dotem arbitratu ſoceri certo die dari, non demonſtrata re vel quantitate, ſtipulatus fuerat. Arbitrio quoque detracto ſtipulationem valere placuit: nec videri ſimile quòd fundo non demonſtrato nullum eſſe legatum vel ſtipulationem fundi conſtaret: cùm inter modum conſtituendæ dotis & corpus ignotum differentia magna ſit. Dotis enim quantitas pro modo facultatum conſtitui poteſt.* In his conciliandis legibus inſudant

Docto-

Doctores, atque tandem ad commentitias quaſdam regulas confugiunt: verùm eleganter Franciſc. Duarenus *Lib. 1. Diſp. anniver. cap.* 56. eorum opinionem refellit, diſertè oſtendens promiſſionem in Alexandri conſtitutione pro nudo pacto non accipi. Itaque diſſolvendi hujus nodi cauſa notandum eſſe ſcribit, ſi dos ſimpliciter promiſſa fuerit, multũ intereſſe an ipſa mulier promiſerit, an pater ejus nomine. Priore ſiquidem caſu nulla eſt promiſsio, propter incertitudinem, ut Alexander reſcripſit. Poſteriori autem caſu promiſſio dotis utilis eſt, ex Papiniani ſententia. Sed hujus differentiæ ratio nulla eſt: quia generaliter dicitur dotem pro modo facultatum conſtitui, ſive à patre, ſive ab ipſa muliere: ſemperque intelligitur ea quantitas quam dignitas mariti, & opum dotem conſtituentis ratio exigit. Ego igitur ex ipſis juriconſulti & Imperatoris verbis has leges in cõſonantiam ita reduci poſſe arbitror, ut non interſit ſive pactum, ſive ſtipulatio

latio intercedat, ſive pater, ſive extraneus, ſive uxor ipſa promittat. Sed Papinianum interpretor in ea ſpecie, in qua ſocer quantitatem vel ſpeciem aliquã promiſerat, ſed eam non definitam, verùm ſuo arbitratu definiendam, ſive ipſe ſit in ſtipulando arbitratus, ſive arbitrium ſuum non expreſſerit. Qua in ſpecie cùm hujuſmodi arbitrium boni & diligentis patrisfamilias intelligatur, definita dos pro modo facultatum videtur. Quòd ſi ſimpliciter dotem promiſiſſet quis, non ſpecie aut quantitate adjecta, non dico expreſſa, inutilis eſt quæ ex hac promiſsione intenditur actio, quòd tantum dos ſit promiſſa, non autem definita. Ideoq; vel minimum dotis nomine ſocer genero ſolvet, vel alius quis dotis promiſſor: ut Alexander reſcripſit.

AD §. SI IN IVDICIO.

l. Ex diverſo. 17. Soluto matrimonio.

Digitized by Google

CAP. XVIII.

SCribit Paulus, *Si in judicio dotis judex ignorantia juris lapſus cõdemnaverit maritum in ſolidũ: Neratius & Sabinus doli exceptione uti oportere ajunt, eaq; tutum fore.* Sed videtur inutilis hæc exceptio, cum hujuſmodi ſententia ipſo jure nulla ſit, ut Alexander reſcripſit. *L. 2. C. Quan. provo. non eſt neceſſe.* Et certè non multum diverſa eſt utriuſq; ſpeciei ratio. hic enim ait: *Si cum inter te & aviam defuncti quæſtio de ſucceſſione eſſet, judex datus à præſide pronunciavit potuiſſe defunctum & minorem quatuordecim annis teſtamẽtum facere, ac per hoc aviam potiorem eſſe: ſententiam ejus contra tam manifeſti juris formam datam, nullas habere vires palam eſt: & ideo in hac ſpecie nec provocationis auxilium neceſſarium fuit.* Vulgus interpretum exiſtimat diſtinguendum eſſe inter expreſſum juris errorem, & non manifeſtum. Quod an verum ſit, dubito. nec. n. veriſimile eſt adeò ſtupidum judicem inveniri, qui expreſsè cõtra jus ipſum pronunciet. Ejus

Ejus tamen ignorantiam ex eo quod in judicium deductum eſt, conſtare, manifeſtamq́; fieri ſentio. Et hæc quidem nulla eſt ipſo jure ſententia, ideoq́; reſcinditur omnino, etiam ſi non interjiciatur appellatio. Quòd ſi ex cauſa judicati velit agere is qui obtinuit, doli exceptione utetur condemnatus. Ideo enim dolo malo facit ille, quia ex nulla & inutili ſententia agit. Et ea quidem exceptio virum in hac ſpecie tuebitur, ne executioni mandetur ſententia, effectumq́ue aliquem ſortiatur.

AN EX PACTO NVdo naſcatur naturalis obligatio.

CAP. XIX.

PActum nudum juriſconſulti appellant, quod conventionem pactionemque ſolam habet, nullam verò cauſam ex qua naſci obligatio poſsit. Et

omnes

Digitized by Google

omnes quidem conventiones ex quibus non contrahitur συνάλλαγμα, nudæ videntur. Primis enim hominibus qui contractus inſtituerunt, eas tantum pactiones ad cõmercia pertinere, in quibus quædam quaſi commutatio & ultro citroque obligatio verſaretur, placuit: cæteras autem ſolas, & omnibus quodammodo viribus deſtitutas relinquere viſum eſt. Cum autem plerunq; ipſis contractibus pacta velut conditiones adjicerentur, nec iis facilè ſtandum quiſque exiſtimaret: ea neq; dolo malo neque adverſus leges, plebiſcita, ſenatuſconſulta, edicta, decreta principum, neque quo fraus cuique eorum fiat, facta, ſervaturum ſe, id eſt eam vim quam ipſis contrahentes dederint, conſervaturum edicit Prætor. Et certè ex Ulpiani aliorumque juriſconſultorum ad edictum prætoris interpretatione conſtat *L. Iuriſgentium, l. Diviſionis placitum. l. in traditionibus. & ſim. de pact. l. pacta conventa de contrah. empt. l. in his. §. imperator. de ſolut. Paul. lib. 2.*

recep. ſentent. tit. 23. non omnes leviter & temerè fortaſsis effutitas pactiones tueri prætorem, ſed eas quæ vel à contractu cui inſunt, vel à ſtipulatione quæ ipſis ſubjicitur, vel à traditione ſumunt effectum, quem magiſtratus extingui non permittit. Quod non ſolum de actione, verum etiam de exceptione intelligendum ſentio. Nam & pactum quod ad exceptionem prodeſt, quamvis extra contractus naturam ex intervallo adjiciatur, illud tamen ad contractum pertinet, eumque licet non ipſo jure, ope tamen exceptionis mutat, & quodammodo format. Ex his utcunque intelligi poteſt quid de pacti viribus judicem. Quamvis enim inter doctos juris interpretes quæratur, an ex pacto nudo naſcatur naturalis obligatio, atque eorum quiſque ſuam ſententiam probabili ratione confirmet, ut audax fortè videar ſi hanc controverſiam dirimere velim: dicam tamen quod ſentio. liberum enim eſt cuique

ſuam

ſuam, opinionem in re præſertim dubia exponere. Franciſcus Duarenus primus ætatis noſtræ juriſconſultus, ex omni pactione quamlibet nuda & ſimplici naturalem naſci obligationem exiſtimat: quod pleroſque alios ſenſiſſe ſcribit. Alii de juriſprudentia benè etiam meriti, contrariam omnino ſententiam ſequuntur ac probant. Ego verò primum in hac quæſtione obſervandum arbitror, quo jure naturalis obligatio introducta ſit. qua de re cum alio loco dixerim, atque non ex vetuſtiori naturali jure, ſed ex eo ipſo quod naturalis ratio inter omnes gentes cõſtituit, deſcendere probaverim, quamvis diſſentiat Duarenus noſter, non eſt ea diſputatio pluribus tractanda. Itaque an jure gentium introducta ſit naturalis obligatio, videndum eſt quid eo jure vinculi proditum ſit. Equidem ut ex Cajo aliiſque juriſconſultis oſtendi, naturali ratione cui hominum acceſſit conſenſus, quicquid ipſum eſt quod juri gentium

Digitized by Google

tribuitur, conſtitutum eſſe opinor. Naturalis autem ratio omnem omnino conventionem temerè & leviter factam non probat, ſed ad æquitatem ipſam exigit, ut promiſſorem ſi æquum juſtumque videatur, obliget: ideoque eleganter Paulus *L. Stichum aut Pamphilum.§. Naturalis. de ſolution.* ſcribit, naturalem obligationem ſolo æquitatis vinculo ſuſtineri. Et hæc ſanè pactio quæ nuda eſt, nullam omnino obligationem parit. ob id enim nuda dicitur, quòd eo effectu careat, quem cæteræ juris gentium conventiones habent: ut diſertè Ulpianus *d. l. juriſgentium.* explicat. Itaque non ex ipſo pacto naturalis naſcitur obligatio, ſed ex æquitate, quæ ſola vincit & obligat paciſcentes. Ita verò obligat, ut ii non ſolum honeſtate & pudore naturali, ſed etiam jure ipſo, id eſt, ea vi quam aliæ juris gentium conventiones (qui contractus appellantur) habent teneantur. Itaq; Duareni ſententia mihi non placet, qui ex qualibet ſimplici pactione natu-

naturalem naſci obligationem exiſtimat. Sed nec vera eorum videtur opinio, qui harum cōventionum aliquam duntaxat fuiſſe jure naturali non obligationem quidem ſed honeſtatem, quę iis de rebus eſſent, quas præſtandas eſſe æquitas jubet, ſentiunt. Conſtat enim quod Ulpianus nullam naſci obligationem dicit, de naturali quoque intelligendum eſſe. Nam de juris gentium cōventionibus loquitur, ex quibus proditæ obligationes naturales tantùm appellantur: certo autem aliquo jure civili confirmatæ, civiles vel legitimę dicuntur, *L. Legitima. de pact. Titu. de obligat. inſt. lib. 3.* Si quod autē ex iis pactis vinculum æquitas producit, naturalem appellari obligationem ex Paulo retulimus. Quare Ulpia. hujus edicti æquitatem naturalem eſſe ſcribit, id eſt, Prętorem in hoc edicto proponendo æquitatem naturalē ſequutū fuiſſe. Nihil enim tam congruū eſt humanæ fidei, quàm ea quæ inter eos placuerunt, ſervare. hanc verò fidem ipſa moderatur æqui-

Digitized by Google

tas, naturaliſq; ratio: cum promiſſa minimè ſervanda ſint ea, quæ nihil aut parum utilitatis adferre poſsint iis quibus promiſeris: nec ſi tibi plus noceant quam illi proſint cui promiſeris: ut docet M. Tullius Cicero lib. 1. officio. & Paulus *L. Cum amplius. de regu. jur.* cum dicit natura debere, quem jure gentiū dare oportet, cujus fidem ſequuti ſumus: id eſt cui ita credidimus, ut ipſum conſtanter & verè ea dare facere oporteat, quibus ſolvendis jure gentium adſtrictus eſt. Non autem temerè nunc naturam, nunc jus gentiū ait Paulus. his enim verbis ſignificat, obligationē ex gentium conſenſu introductam, non tantū eo jure, ſed etiam naturali ratione, quę ejus inſtituēdi cauſa fuit, valere: ut ille ipſe juriſconſultus non ſolū contractꝰ, ſed alias quoq; pactiones ex quibꝰ natura debitorē cōſtituit, intelligat. Et certè ut uno verbo dicā, in naturali obligatione nō modò quid in conſuetudinē venerit, ab ipſiſq; gentib. obſervari ſoleat, ſed quid ipſa æquitas jubeat, ſpectan-

Digitized by Google

ſpectandũ eſt: quemadmodũ in pupilli obligatione dicimus. Nam cum cõtrahendi incapacẽ mutuam pecuniã ſine tutoris authoritate accipiendo ne jure quidem naturali obligari Calliſtratus *l. Pupill.* 59. *de oblig. et act.* reſpondit. Pomponius verò *L. Creditore.* 42. *de jureju.* ex mutua pecunia ipſum naturaliter obligari dixit: & à Paulo Neratius diſſentire videtur. *l. Naturaliter. l. Quod pupillus. de condict. indebit.* Eorum autem aliorumque juriſconſultorum qui ea de re ſcripſerunt, ſententias æquitatis regula facilè conciliabimus. Siquidem locupletior ſit factus alterius jactura pupillus, ipſum alterius incommodo ſuum augere commodum, contra æquitatem naturalem eſſe nemo dubitat: *l. Natura. de cond. indeb. & Cic. lib.* 3. *offic.* aut certè ſi nullum ex hujuſmodi obligatione detrimentũ ſentire poſsit, nõ eſſe iniquũ nullus ignorat, aliquem ipſi obligationi effectum tribuere *L. fidejuſſor. de fidejuſſo. l.* 1. *de nova.* maximè cum id juris humana ſocietas exigat.

Digitized by Google

Si verò ſimpliciter promittat pupillus, aut ita contrahat, ut ſibi nocere poſsit ſi ad ſolvendum cogatur: iniquum minuſquè naturæ congruum eſſe conſtat ipſum judicii expertem obligari, damnumq́; ex ſua infirmitate pati. Eadem ratione obligatio illa qua ad remunerationem tenemur, naturalis appellatur. *L. Sed & ſi. de pet. hared.* æquum enim & honeſtum eſt acceptum beneficium reddere.

CONCILIATIO L.

Rem alienam. de pign. actione, & l. Si Titio. de pignoribus.

CAP. XX.

NUllas eſſe in Pandectis antinomias reſcribit Iuſtinianus imperator: cujus ſanctio multorum ingenia in conciliandis legibus quæ pugnare videntur, exercuit. Sed quantum illi ſtudioſis adju-

adjumenti attulerint, aliorum ſit judicium. Mihi quidem in horum capitum explicatione, inutilis eorum labor videtur. Sed ut de iis quid ſentiam, quiſque intelligat, juriſconſulti verba ſubjeci: Paulus, *rem alienam* (inquit) *pignori dediſti: deinde rei ejus dominus eſſe cœpiſti. Datur utilis actio pignoratitia creditori. Non eſt idem dicendum, ſi ego Titio qui rem meam obligaverat ſine mea voluntate, hæres extitero. hoc enim modo pignoris perſecutio concedenda non eſt creditori. Nec utique ſufficiat ad competendam utilem pignoratitiam actionem, eundem eſſe dominum qui etiam pecuniam debet. Sed ſi conveniſſet de pignore, ut ex ſuo mendacio arguatur, improbè reſiſtit quo minus utilis actio moveatur.* Hîc diſertè Paulus noſter diſtinguit inter eum debitorem cujus factum intervenit, id eſt qui ipſe rem alienam pignori dedit, & poſtea ejus dominium nactus eſt: & eum qui nullam iniit obligationem, nihilque pollicitus eſt. nec enim ſatis eſt ut convaleſcat pignus, eundem eſſe

Digitized by Google

dominum & debitorem, ſed præterea requiritur eundem eſſe qui pignus cõtraxit. Videtur autem in hoc poſteriori caſu aliud ſenſiſſe Modeſtinus. ait enim: *Si Titio qui rem meam ignorante me pignori creditori ſuo obligaverit, hæres extitero: ex poſt facto pignus directò quidem non convaleſcit, ſed utilis pignoratitia dabitur creditori.* Vulgus interpretum pignoratitiam actionem apud Modeſtinum explicat contrariam, non ut rem jure pignoris creditor vindicet, ſed ut id quod ſua intereſt conſequatur, quæ ſententia abſurda, & à jureconſulti mente aliena videtur. Ipſe enim dicit directò pignus non convaleſcere, ſed utilem pignoratitiam dari. Quibus verbis oſtendit non directam jure pignoris competere actionem, ſed utilem, quæ ex æquitate datur. Quis autem ignarus parumque adeo in juriſconſultorum libris verſatus eſt, qui contrariam dici utilem actionem exiſtimet? Superfluum eſt igitur & alienum quod ad juvandam ſcholaſticorum

rum Doctorum opinionem á nonnullis adjicitur, qui vim contrariæ actionis ad pignoris vindicationem extendunt. Equidem exiſtimo ita Paulum Modeſtino conciliari poſſe, ſi eorum ſcripta ſubtiliter conferantur. Ait enim ille, debitoris hæredem pignoratitia ex defuncti contractu actione non teneri, quamvis ipſe ſit rei obligatæ dominus. Quòd ſi hæres ipſe de pignore convenisſet, id eſt pactus cum creditore aliquo modo fuiſſet, adeò ut ſi pignus deneget, ex ſuo mendacio arguatur: improbè reſiſtit quo minus utilis in eum detur actio: atque eo hoc poſtfacto, ut ait Modeſtinus, pignus directò quidem non convaleſcit, ſed utilis pignoratitia dabitur creditori. Nec enim ipſe fuit hæres qui pignus contraxit, ſed defunctus, qui nullum jus in re obligata habebat.

VARIARVM IVris antinomiarum diſſolutiones.

Digitized by Google

CAP. XXI.

MOvit me præcedens diſputatio ut alias juris antinomias inquirerem, eaſq; breviter explicarem. Et in ſecunda quidem Digeſtorum parte difficilem quandam legum contrarietatem à Budæo noſtro notatam inveni. Ea autem eſt duorum Ulpiani reſponſorum.

Conciliatio † l. Per ſervum. 14. de uſu & habita. & l. hac ſtipulatione. 5. uſufr. quemad. cave. 1

SCribit enim ipſe lib. 18. ad Sabinum. fructum ſine uſu eſſe non poſſe. libro autem 79. ad edictum. doli mali ſtipulationem locum habere, etiã ſi fructus ſine uſu obtigerit. Sunt qui rejectis aliorum commentis fructum hic certum fructum annuum interpretentur: ſed illi (mea ſententia) falluntur. Nihil enim intereſt (ut ipſe Ulpianus ait) an uſusfructus, an verò fructus relinquatur. Ego ut juriſconſultũ ſibi ipſi cõciliem, hæc verba, *Et ſi fructus ſine uſu obtigerit,*

ſic intelligenda eſſe exiſtimo, id eſt, etiam ſi fructus ſine uſu relictus ſit, hoc eſt ſimpliciter fructus legatus ſit, nõ autem uſumfructum teſtator dixerit, ſtipulatio locum habebit. Non dicit Ulpianus ſine uſu fructum eſſe poſſe, ſed ita fingit obtigiſſe.

Conciliatio † l. ſi cujus. 13. & l. uſufructuarius. 72. de uſufruct. 2

ALia eſt in uſusfructus quæſtione Ulpiani & Neratii diſſenſio. Ait enim ille ædificium poſiturum in fundo fructuarium, ſi ad fructum percipiendũ neceſſarium ſit: hic verò ædificium inchoatum fructuarium conſummare nõ poſſe ſcribit, etiam ſi eo loco aliter uti non poſsit. Sed facilis eſt diſſolutio, quia licet fructuario ipſos fructus colligere, atque ideo ædificare, ſi aliter fructus percipere non poſsit. Verùm ei non conceditur, ut ſi in alio loco colligere fructus poſsit, ædificet, aut inchoatum ædificium perficiat: quamvis eo loco aliter uti non poſsit.

Digitized by Google

Conciliatio † l. Præſcriptio 45. de uſucap. & l. Si quiſquam. 7. de diver. temporal. præſcript. 3

DIfficilior eſt antinomia cap. 45. tit. de uſucap. & uſurpa. quod ex libris Papiniani in Pandec. relatum eſt: & cap. 7. de diver. temp. præſcript. &c. quod Marciano tribuitur. Ait ille præſcriptionem longę poſſeſsionis ad loca jurisgentium publica obtinenda concedi non ſolere: velut ſi quis, quòd in fluminis publici diverticulo ſolus pluribus annis piſcatus ſit, alterum eodem jure prohibeat. Marcianus verò ſic ſcribit: *ſi quiſquam in fluminis publici diverticulo ſolus pluribus annis piſcatus ſit, alterum eodem jure uti prohibet.* Hæc reſponſa cum adeo contraria viderent interpretes, confugerunt ad conjecturas alii, ad textus correctiones alii: ſed omnes (mea ſententia) delirant. Equidem ne longior videar, ita breviter hanc contrarietatem diſſolvo: atque quod dicit Papinianus, ſic interpretor, ut

ut longæ poſſeſsionis præſcriptio non poſsit dominium ejus loci tribuere alicui qui jure gētium publicus eſt. Quod ita procedit, ſi quis quòd in fluminis publici diverticulo ſolus pluribus annis piſcatus ſit, alterū eodem jure prohibeat, id eſt ſi quis ideo alterum in eo fluminis publici diverticulo quod ipſe longo tempore occupavit, piſcari prohibeat, quia ipſe locum uſucepit. In ea enim ſpecie locum diverticuli ſuum non facit, ſed poteſt prohibere eodem jure, id eſt jure gentium, alterum piſcari. Quod ſenſit Marcianus, ut quæ juris gentium remanent, modis à jure gentium introductis acquiri & conſervari poſsint. Res igitur jure gentium publica, modo à jure civili prodito acquiri non poteſt, ſed eodē jure eius poſſeſsio quo apprehenſa eſt retinetur.

Conciliatio † l. Qui duos. §. Cum bello. de reb. dub. & l. Ex facto. §. Si quis autem. ad S. C. Trebell. 4

Diffi-

DIfficilem capitis 10. de rebus dubiis, & 17. ad S. C. Trebellia. antinomiam prætermittere non poſſum. In illo enim ſcribit Triphoninus: *Cum in bello pater cum filio periiſſet, materq́; filii quaſi poſtea mortui bona vendicaret, agnati verò patris, quaſi filius ante periſſet: Divus Adrianus credidit patrem prius mortuum.* In alio autem capite ait Ulpian. *Si quis ſuſceperit quidem filium, verùm vivus amiſerit, videbitur ſine liberis deceſſiſſe. Sed ſi naufragio, vel ruina, vel aggreſſu vel quo alio modo ſimul cum patre perierit, an conditio defecerit, videamus. Et magis non defeciſſe arbitror: quia non eſt verum ejus filium ſupervixiſſe.* Equidem hæc capita ſic cōciliare ſoleo, ut rei qua de agitur, cauſa inſpiciatur. Nam in bello in quo plurimum audacia & robur poteſt, prodeſtq́;, & ad ſuſtinenda belli pericula aptiores ſunt juvenes quàm ſenes, *L.* 2. §. *Corporis. de vaca. & excuſat.* facilè creditur magis imbellem primum fuiſſe interfectum: in ruina autem & naufragio prius

prius deceſsiſſe magis temerarium, minúſq; circumſpectum & prudentem, veriſimilius eſt.

Conciliatio † l. Quinquaginta, 12. de probat. & l. planc. 34. § ſed ſi non corpus. de leg. 1. 5

Multæ ſunt legum contrarietates quas facilè cõciliabimus, ſi id ſpectemus quod in unaquaq; præcipuum eſt. Scribit Celſus, *ſi quinquaginta teſtamento legata ſint alicui, & idem ſcriptum ſit in codicillis, atq; duas ſcripturas petitor oſtendat: hæres verò poſteriorem inanem eſſe contendat, ipſum hæredẽ id approbare iudici debere.* Vlpianus autem inquit: *Si non corpus ſit legatum, ſed eadem quantitas in eodem teſtamento ſæpius, divum Pium reſcripſiſſe tunc ſæpius præſtandam ſummam, ſi evidentiſſimis probationibus oſtendatur, teſtatorem multiplicare legatum voluiſſe.* Verum Vlpianus non de probãdo præcipuè agit, ſed an idem ſit in pecunia, quod in re nulla facta mentione legatarij aut hæredes ipſeq; propoſitam quæſtio-

nem proſequitur. Totus in eo eſt Celſus, utrum probare oporteat hæredem, an legatarium. Præterea hic in ea ſpecie reſpondit, in qua duæ erant ſcripturæ: ille verò in ea in qua teſtator rem eandē ſæpius in eadem ſcriptura reliquit, ut potius repetere, quàm duplicare legatum voluiſſe videatur.

Conciliatio † l. Si unus, 27. in princ. de pact. & l. Si duo. 34. de recept. arb. 6

Ita etiam poterimus ſibiipſi conciliare Paulum. Hic enim lib. 3. ad edictum ex Neratij, Attilicini, & Proculi ſententia exiſtimat pactum cum uno ex reis factū, alteri non nocere. lib. autem 13. ad edictū ſcribit, altero ex ſocijs contra compromiſſum petente, pœnam adverſus alterum committi. Sed hîc præſertim non agitur, an unius reorum factum alteri noceat; verùm præcipua eſt quæſtio, an pœna ſit commiſſa: & videri commiſſam Paulus reſpondet, quaſi ipſi ſint fidejuſſores. Ideóq; cùm alter petit, alter etiam petere videtur, propter ſocietatem; quemadmo-

Digitized by Google

dum non refert, an à reo, an à fidejuſſore petatur: ob idq́ pœna adverſus eum cõmittitur, qui compromiſit: ſed committitur ſive ipſe petat, ſive eius ſocius.

Conciliatio † *§. ſed ſciendum. Inſtit. Qui teſta. tuto. dari poſ. & l. Etſi non adſcripta. 9. C. de fideic. libert.* 7

Poteſt quoq́ Iuſtiniani, Valer. & Gal. Imperatorum contentio in hanc concordiam reduci. Ait Iuſtinianus: *Sed ſciendum eſt eum* (ſervum ſcilicet proprium) *& ſine libertate tutorem datum, tacitè libertatem directam accepiſſe videri: & per hoc rectè tutorem eſſe.* Val. & Gal. *Et ſi non adſcripta libertate teſtator ſervum ſuum tutorem ſuis filiјs dederit, receptum eſt & libertatis & pupillorum favore, ut per fideicõmiſſum manumiſiſſe eum videatur.* Verùm obſeruandum eſt Iuſtinianum præſertim non agere, an directa, an verò fideicommiſſaria libertas competat, ſed docere eum voluiſſe ſine libertate datum

Digitized by Google

tutorem nihilominus libertatem conſequi. Alij autem Impp. de ipſa libertate quæ data ſervo non videbatur, præcipuè non diſputant: ſed libertatis ac pupillorum favore eam tanquam ex cauſa fideicommiſsi ſervo competere reſcribunt. Nulla certè relicta exiſtimatur libertas, cùm ea ſervum ſuum teſtator non donaverit. Sed quia utilius eſt pupillo libertum ſuum tutorem habere, & tutoria adminiſtratio ſine libertate exerceri non poteſt; ideo ſervus liber eſſe cenſetur, non quidem directò, niſi qua directis verbis tutor à teſtatore datus eſt. Nec enim abſurdè quis dixerit libertatem quæ tutelæ (quam ſemper directò dari conſtat) ineſſe ſubintelligitur, directam non ideo dici, cum tamen effectu & re ipſa ſit fideicommiſſaria.

Conciliatio l. 4. §. Cato. de verb. obl. & l. 5. §. ult. & l. in executione. §. item ſi. eo. & l. hæredes. §. idem iuris eſt famil. erciſc. 8

Videa

Videamus etiam ne non ita conciliare Catonis ſententiam aliorum iuriſconſultorum opinioni poſſimus. Scribit Cato, ut Paulus refert: *Si de eo facto cautum ſit quod diviſionẽ recipiat, veluti amplius non agi: tum eum hæredem qui adverſus ea fecerit, pro portione ſua ſolùm pœnam committere.* Alij verò iuriſconſulti totam committi pœnam, etiam ſi unus ex hæredibus portionem ſuam ex ſorte ſolverit, donec portio cohæredis ſolvatur, exiſtimant. Atque is ipſe Paulus alio loco Catonis approbare ſententiam non videtur. Sed intelligendum eſt, Paulum referentem Catonis diſtinctionem de faciendi ſtipulationum differentia præſertim agere: lib. autem 23. ad edictum, præcipuè diſputare, quo modo cohæredibus proſpiciatur, cùm tota pœna ab uno cõmiſſa ſolvitur. Eſt etiam obſervandum, Pomponium atque illum ipſum Paulum dicere quidem, niſi tota ſors aut totus fundus detur, pœnam nihilominus committi, nec prodeſſe ad evitandam pœnam, pro parte dari rem poſſe. Quod ab ijs rectè

dicitur, ſed non ſatis diſtinctè. Quamvis enim ea ſit pœnæ vis, ut ab ipſa hæres non liberetur, niſi tota ſoluta ſit obligatio: diſertè tamen ex Catonis authoritate Paulus oſtendit principalis obligationis cauſam ſpectandam eſſe. Quod is igitur tradit, ſequendum eſt: quæ verò cæteri ſcripſere, ex ipſius ſententia interpretationem accipere debent: ut hæc regula colligi poſsit; Pœna certæ pecuniæ adjecta dividuæ ſtipulationi, tota unius facto committitur: ſed propter rei in ſtipulationem deductæ naturam, is ſolus pro portione ſua tenetur, qui contra quàm conventum eſt, aliquid fecit.

Conciliatio † §. theſauros. Inſt. de re. divis. & l. 3. §. ſi in locis. de iur. fiſc. 9

Locus Inſtitutionum quem ante attigi, alterius cum Calliſtrati reſponſo pugnam mihi in memoriam revocat. Scribit enim Iuſtinianus divum Adrianum naturalem æquitatem ſequutum, ei conceſsiſſe theſaurum, qui eum in ſacro aut religio-

Digitized by Google

religioſo loco invenerit: & Spartianus idem narrat. *Adrianus* (inquit) *de theſauris ita cavit, ut ſi quis in ſuo reperiſſet, ipſe potiretur: ſi quis in alieno, dimidium domino daret: ſi quis in publico, cum fiſco æqualiter potiretur:* ut veriſimile ſit Adrianum de eo religioſo aut ſacro loco intellexiſſe, qui quodammodo eius eſſe videtur, in cujus fundo eſt, & cuius maiores in eo aut ſacra familiæ propria conſtituerunt, aut ſepulchra ſibi elegerunt. Calliſtratus autem refert divos fratres conſtituiſſe, ut ſi in locis fiſcalibus vel publicis religioſisve, aut in monumentis theſauri reperti fuerint, media pars ex his fiſco vendicaretur. Sed divorum fratrum reſcriptum de ijs religioſis locis aut monumentis intelligendum eſſe conſtat, in quibus eſt aliquod ius fiſci, & quæ publica authoritate conſtituta ſunt, aut alio modo ex familia privatorum exempta. Quòd ſi quis divorum fratrum conſtitutionem generalem eſſe contendat, & divi etiam Adriani reſcriptum ad hanc interpretationem non eſſe

reſtringendum, is meminerit Iuſtinianũ narrare tantùm Adriani conſtitutionem, non autem ipſum ex ſua authoritate ſtatuere; ideôque Veri & Antonini divorum fratrum, qui poſteriores fuerunt, ſequendum eſſe reſcriptum: *l. ult. de conſtit. princ.* ut etiam feudorum author approbavit. *De feud. Titu. quæ ſunt rega.*

Conciliatio † l. 1. de verb. oblig. & l. ea quæ. de donat. inter vir. & uxor. 10

Venit in mentem cap. 1. de verbo. obligat. & cap. 57. de donat. inter virum & uxorem. In illo Vlpia, abſentem non poſſe ſtipulari ſcribit: in hoc autem Paulus ex literis ab uxore ad maritũ miſsis contrahi ſtipulationem reſpondit. Sciendum autem eſt ſtipulari nullo modo abſentem poſſe: adeò ut ſi quis præſens interrogaverit, ipſi verò abſenti reſponſum ſit, inutilem eſſe omnino ſtipulationem dicat Vlpianus. *dic. l. 1. §. Qui præſens. qui ſic intelligi debet. de verb. obligat.* Quòd ſi ſervus vel procurator eius nomine ac iuſſu pecuniam aliũdve dederit, ipſiq́; ſtipulanti

lanti is cui datur,cõgruè reſpõderit: tum hic literas ad illũ mittat, quibus ſeſe daturũ facturũmve ſpõdeat quicquid inter ſe & ſervum convenit,aut certè procuratorem, qui contrahere poterat: ea quidem valet ſtipulatio,petiq; ex ea poſſe reſpondit Paulus,quem ita conſultum fuiſſe verba reſponſi indicant. Sic enim ſcripſerat uxor: *Quæ ſumma mihi numerata eſt ſub ea conditione,&c.* Quæ verba de eo intelligẽda ſunt,qui potuit numerare. Nec eſt comminiſcendũ epiſtolam interveniſſe,eâmq; cautionem & chirographum ſignificare, ideóq; præſentem præſenti dediſſe epiſtolam,cùm diſertè iureconſultus dicat uxorem literas miſiſſe.

Conciliatio † l.1.de legat.2.& l.ſenatus. de legat.1. & l.nonnunquam.de con- 11 *dit.& demonſtrat.*

Difficillima eſt capitis 1. de legat. 2. antinomia, & cap.43. de leg. 1. à quibus diſſentit c. 52. de condit. & demonſtrat. In illis Paulus & Vlpianus in alterius arbitrium conferri legatum veluti condi-

tionem poſſe ſcribunt: in hoc autem Modeſtinus à cæteris quodammodo diſſidens, in alienam voluntatem conferri legatum non poſſe dicit. Hæc Iuriſc. conſultorum reſponſa ſibi contraria videntur, ut affirmantia & negantia. Verum ea ſic poſſe conciliari exiſtimo, ut ſi legatum in alterius arbitrium ut quævis conditio conferatur, ipſum valeat tanquam ſi teſtator boni viri arbitrium intellexiſſet. Verum ſi hujuſmodi ſit legatum, ut teſtatorem alterius voluntatem ita elegiſſe conſtet, ut ex ea legati dationem omnino pendere, non tanquam ex boni viri arbitrio ſenſiſſe videatur, legatum eſt inutile. Sic enim de bonis ſuis diſponere teſtatorem oportet, ut ultima eius ſententia ex alterius nutu & voluntate non pendeat, ſed ipſa declaret quid poſt mortem faciendum ſit.

Conciliatio † l. ſi quis. & l. Qui Romæ. §. Augerius. de verb. oblig. & §. ex 12 condit. Inſtit. eo. titu.

Super-

Digitized by Google

Supereſt ut diſſolvamus cap. 57. & 122. de verb. oblig. §. ex conditionali. Inſtitut. eo. titu. Scribit Iulianus, implendæ conditionis facultatem ad hæredes tranſire, adeò ut decedens promiſſor ipſos relinquat obligatos: & Iuſtinianus ex conditionali ſtipulatione tantum ſpem eſſe debitum iri dicit, eámque ipſam ſpem in hæredem tranſmitti, ſi prius quàm conditio extet, mors nobis contigerit. Verùm Scævola in ea ſpecie, in qua Augerius filiusfami. ſervo Publij Mævij ſtipulanti ſpopondit ſe daturum quicquid patrem ſuum Publio Mævio debere conſtitiſſet, & patre defuncto adverſus hæredem ejus actum fuit, aliúmve ſucceſſorem, & de debito conſtitit, reſpondit ſi conditio non extitiſſet, ſtipulationem non eſſe commiſſam: quaſi dixiſſet, ſi ita ſit, quòd vivo patre de debito non conſtitiſſet, Augerium non teneri. Solent enim iuriſconſulti ſecundum id quod proponitur reſpondere, ſed in huius facti ſpecie dicebatur adimpletam fuiſſe cum hærede conditionem. Scævola tamen negati-

Digitized by Google

negativè reſpondet. Equidem de hac quæſtione aliter ſentio. Hanc enim filij ſponſionem non eſſe fideiuſsionem arbitror, ſed Publij Mævij ſervum firmandæ obligationis cum patre Augerij contractæ cauſa ſtipulatum fuiſſe. Conſtat enim firmandarum obligationũ gratia inventas fuiſſe ſtipulationes. *Paul. lib.2.& 5. recep. ſent.* Præterea ſciendũ eſt patris & filij perſonam eandem cenſeri: ut cùm hic ſtipulatur, pro ea habeatur ac ſi ille ipſe eſſet ſtipulatus. *l. Quodcunque. 45. de verb. obligat.* Cùm igitur ſtipulanti Publij Mævij ſervo ſpoſpondit Augerius, patrem ſua obligatione non liberat, ſed cùm is adiecerit quicquid patrem debere conſtitiſſet, conditionem hanc tacitè intelligit, ſi cum patre vel ſecum de debito conſtitiſſet. Agitur de incerto patris debito: ad cuius ſolutionem cùm ſe adſtringat filiusfami. ipſeque hæredum patris & ſtipulantis ratione extraneus cenſeatur, oportet ut cum eo agatur, & conſtet de debito. Nec enim aliter impleta dici poteſt conditio, quod ſentit Scævola.

Facul-

Facultas igitur implendæ conditionis quæ ad hæredes tranſit, eam vim habet, ut ipſi obligentur vel obligent. Cætera quæ ad hanc quæſtionem, & ad has diſſolvendas legum antinomias pertinent, libro ſequenti ordine explicabimus. hoc enim caput ad eius compoſitionem aditum nobis fecit.

Finis libri Primi.

Digitized by Google

LVD. CHARONDAE IVriſconſ. Pariſienſis Πιθανῶν ſeu veriſimilium liber ſecundus.

DISSOLVENDARVM antinomiarum, quæ in juris authorum libris inveniuntur, ratio.

Caput Primum.

MVlta in juris authorum libris eſſe non ignoro, quæ ſtudioſam interpretationem requirant. Sed difficilius nihil eſt, & in quo magis elaborandum ſit: quàm legum quæ inter ſe pugnare videntur, nodos diſſolvere. Quamvis enim lex ipſa, quæ eſt decretum prudentum hominum, & inventum quoddam ac munus Dei, ſibi ipſi contraria dici nequeat: diverſæ tamen eorum opiniones, qui in juris explicatione verſati ſunt, effecerunt, vt jam omnes exclament, plenas eſſe antinomijs Pandectas. Nam

ut

ut Athenis Philoſophorum, ita Romæ Iuriſconſult. ſectæ variæ fuerunt. Atteius enim Capito & Antiſtius Labeo maximæ authoritatis viri, inter ſe diſſentiebāt: quorum etiam auditores minus ſibi conveniebant. Attejus quidem Capito in iis quæ ei tradita fuerant perſeverabat. Labeo verò ingenij ſubtilitate, & doctrinæ fiducia fretus, quòd & præ cæteris ſapientiæ operā dederat, plurima innovare inſtituit. Et ita Attejo Capitoni (ut ſcribit Pomponius) Maſurius Sabinus ſucceſsit, Labeoni Nerva, qui adhuc eas diſſenſiones auxerunt. Sed & Caſsianorum ac Proculianorum ſectæ, quarum origo à Capitone & Labeone cœperat, pleraſque controverſias excitarunt. Cùm autem ex hoc immenſo aliarum ſuper alias opinionum acervatarum cumulo compoſitæ ſint Pandectæ, fieri non poteſt, ut pleraque earum diſſenſionum veſtigia non inveniantur. Nec minor in principum reſcriptis antinomiarum ſuſpicio eſt. Hi enim ex eorum iuriſconſultorum, quos in conſilium adhibebant, opinione

opinione ſtatuentes, non minus contra-ria reſcripta ediderunt, quàm iuriſcon-ſulti variè reſponderunt. Quam legum confuſionem non ignorans Iuſtinianus, tum Cæſarum placita, tum prudentum ſententias in unam reducere concordi-am conatus eſt: voluitq; adeò diligenter totam juris ſcientiam componi, ut ne ulla legum pugnantia offenderetur. Ideo-que iuſsit, ut ſi quid in veterum iuris au-thorum libris ſupervacuum, vel imperfe-ctum, aut minus idoneum viſum eſſet; vel adjectionem, vel diminutionem accipe-ret, & rectiſsimis regulis traderetur. Sed certè tanta non fuit Triboniani diligen-tia, tantum ſtudium, tanta eruditio, tan-tum denique ingenium: ut omnia vete-rum altercationum veſtigia tolleret, ut nullum contrarium relinqueret, ut quic-quid à ſuo principe mandatum ſibi fue-rat, omnino exequeretur. Infinitæ enim opiniones in Pandectis diſperſæ inveni-untur, quæ adeò contrariæ videntur, ut quis non ineptè Digeſta appellare poſ-ſit, antiquæ diſſenſionis epitomen. Sed

cùm

cùm incivile ſit, minimeq́; deceat imperatoriam majeſtatem lædere, ſtatui omnibus modis, ſi quid eſt in me ingenii, quod perexiguum eſſe ſentio, experiri, ut antinomiarum nodos diſſolvere poſsim. Paulus jureconſultus lib. 5. ad l. Iuliam & Papiam, *Cap.* 28. *ff. de legib.* ſcribit poſteriores leges ad priores pertinere, niſi contrariæ ſint. Idq́; multis argumentis probetur. Quibus verbis legum contrarietatem ita componere videtur: ut major ſit poſterioris legis authoritas. Nam poſtrema quæque (ut ſcribit Cicero) graviſsima eſt. ea ratione novas Iuſtiniani cōſtitutiones, atque deciſiones quæ plerunque Pandectis derogant, nec juri in Codi. relato parcunt, cum cæteris ita conciliabimus: ut ex earum diſpoſitione reliquas interpretemur, aut ſi ex diametro opponantur, has ut poſteriores gravioreſq́; aliis abrogatis ſequamur. Poſſemus eodem modo, cōtrarias prudentum & Cæſarum, ſi quæ inveniuntur ſentētias conciliare, niſi eas omnes

leges,quæ in Pandect. & Cod. referuntur,tanquam ſi eodem tempore perlatæ eſſent, & ex ſua voluntate compoſitæ, novam quandam formam accepiſſent, eandem omnino vim habere ſanxiſſet Iuſtinianus: adeò ut illis ſuo, vel potius Triboniani arbitrio correctis,& in melius reſtauratis,primam nunc authoritatem tribuere videatur: ut Theodoſius de prudentum reſponſis, ſuum judicium edidit. Sed ideo non inutilem hanc eſſe temporum obſervationem dicere quis poſsit: quoniam ipſa oſtēdit quid prioribus temporibus obtinuerit, quid poſtea innovatum ſit: ut ſi quando leges, ex quibus libri noſtri compoſiti ſunt, pugnare videantur: ſi non à poſterioribus priores corrigi dicamus, has certè ex Pauli & Tertulliani *Cap.* 26. *&* 27. *de legib*. conſilio trahamus ad illas, quæ (ut Ciceronem ſcripſiſſe retulimus) graviores ſunt. Deniq; Iuſtinianus,ne in hac curioſa diſſolvendarum antinomiarum inveſtigatione majorem operam temerè conſumeremus:

mus: viam ipſe rectam & ſecuram patefecit. Sic enim in tertia conſtituit, ad ſenatum & omnes populos reſcribit. Contrarium autem aliquod in hoc codice poſitum nullum ſibi locum vendicabit, nec invenietur, ſi quis ſubtili animo diverſitatis rationes excutiat: ſed eſt aliquod novum inventum, vel occultè poſitum, quod diſſonantiæ querelam diſſolvit, & aliam naturam inducit, diſcordiæ fines effugientem. Itaque imperatoris authoritate freti videamus diligenter, ſi quid ſit in legibus, quarum diſſenſiones componere volumus, quod diverſitatis rationem explicet.

CONCILIATIO

cap. 18. Si cert. pet. & cap. 36. de acqui. rer. domin.

CAP. II.

DIfficile eſt cū cæteris conciliare, qui ſibi ipſi non conſentit. Equidem obſervavi Iulianum

aliud ſcribere, & aliud ſcribentem ab Ulpiano referri. Sic enim *l. cum in corpus.36. de acquir. rer. domin.* ait, *Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quaſi creditam accipias: conſtat proprietatem ad te tranſire: nec impedimento eſſe, quod circa cauſam dandi atq; accipiendi diſſenſerimus: ſatis enim eſt in corpus quod traditur conſentire.* Eam verò Iuliani ſententiam fuiſſe refert Ulpianus. *l. ſi ego. ſi cert. pet. Si ego,* inquit, *pecuniam tibi quaſi donaturus, dedero: tu quaſi mutuam accipias, Iulianus ſcribit donationem non eſſe. Sed an mutua ſit, videndum eſt. Et puto nec mutuam eſſe: magiſq; nummos accipientis nõ fieri: cum alia opinione acceperit. Quare ſi eos conſumpſerit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit: quia ſecundum dantis voluntatem nummi ſunt conſumpti.* Multos torſit hic nodus: nec ſcholaſticorum DD. ullus notandum aliquid comminiſcitur: niſi Franciſci cujuſdam Aretini, veterum juris profeſſorum puriſsimi ſententiam, quam ſibi

ſibi ex recentioribus pleriq; arrogant, probabilem eſſe dicamus. Is enim cum videret commentitias aliorum ſolutiones, abſurdas eſſe: creditam apud Iulianum interpretatur, non ex perſona debitoris mutuam pecuniam accipientis, ſed creditoris rem á ſe creditam recipientis. Sed hæc explicatio juriſconſulti ſententiæ non omnino convenit. Ejus enim verba ſatis indicant ipſum de mutui datione, non ſolutione loqui. Atque ita ejus opinionem, refert Ulpianus. Fateor tamen veriorem eſſe cæteris, quas hactenus effinxerunt interpretes, Aretini ſolutionem. Sed ego Iuliani reſponſum, quod prius eſt, ad Ulpiani diſputationem, quam poſteriorem gravioremq; eſſe conſtat, ita referendum arbitror: ut quod Iulia. ſcribit, quia ſub titulo de acquirendo rerum dominio extat, de translatione dominii, & pecuniæ proprietatis intelligatur. Nemo enim dubitat pecuniam, in ea ſpecie ejus fieri cui tradita eſt, quia & donationis & mutui dationis

nis cauſæ transferendi dominii idoneæ ſunt. Et cum in alienādo corpore, quod traditur, conſenſus intervenerit: cauſæ diſſenſus, licet contractui qui utriuſque conſenſum requirit, impedimento eſſe videatur, non obſtat tamen, quo minus dominium accipienti quæratur. Præcipua autem Ulpiani diſputatio, in eo verſatur: an in propoſita ſpecie, accipiens condictione teneatur. quod ut rectè decidi poſsit, prius videndum eſt: quod genus ſit contractus. Ipſe Iulianum refert, quem veriſimile eſt, totam hanc quæſtionem, eo loco tractaſſe: cujus fragmentum nobis reliquit Tribonianus. Cæterùm donationem non eſſe Iulianus arbitrabatur, quia non eo nomine accepta erat pecunia, nulla autem donatio eſt, niſi ab eo acceptetur cui donatur. Sed nec mutuum eſſe Ulpianus exiſtimat, quia alia dantis mens erat. Non ideo tamen, quia mutuum non eſt, ex donatione potius nummi accipientis fiunt, cum alia opinione acceperit. Sed tanquam

ſi

ſi mutuum conſumptione fuiſſet reconciliatum, tenebitur is qui accepit, condictione: verùm doli exceptione uti poterit: quia ſecundum voluntatem dantis nummi conſumpti ſunt. Remanebit igitur apud accipientem pecuniæ dominium, ejuſque fient nummi: quod dicit Iulianus: nec negat Ulpianus, ſed non ex donationis cauſa magis, quàm mutui, dominium transferri ſcribit: ideoque condictionem competere.

CONCILIATIO CAP. 24. ad leg. Falci. & cap. 22. ad S. C. Trebellia.

CAP. III.

VEtus fuit quæſtio (inquit Ulpianus *L. 68. de uſufr.*) an partꝰ ad fructuariũ pertineret. Sed Bruti ſentẽtia obtinuit, fructuariũ in eo locũ nõ habere.

Neque enim in fructu hominis homo eſſe poteſt : abſurdumq́; videbatur (ut Cajus ſcribit *L. In pecudum*.28. *de uſur.*) hominem in fructu eſſe, cum omnes fructus, rerum natura, hominum gratia comparavit. itaque audiendi non ſunt illi qui poſteriores juriſconſultos ea de re diſſenſiſſe, eorumq́; alios Brutum, alios P. Scęvolam & M. Manilium ſequutos fuiſſe exiſtimant. Nec ulla hujus diſſenſionis indicia in Pandectis notabunt. Quod ut clarius intelligatur, excutiendum eſt, quod ab eis ſæpius jactatur contrarium. Dicunt enim Paulum *L. Falcidiæ*. 24. *ad leg. falcid.* qui partus ancillarum ante diem fideicommiſsi editos, ad hæredes ejus qui rogatus eſt, pertinere, eoſq́; in quartam & quartæ fructus computandos : ſi de lege falcidia quæſtio incidat, reſpōdit : cum Ulpiano pugnare. Hic verò de fideicommiſſaria hæreditatis reſtitutione diſputans, *L. Mulier*.22. §. *ſed enim. ad S. C. Trebell.* hæredem detrahere partus etiā ſi extant, & partuum partus ſcripſit.

Ex

Ex qua interpretatione, quæ ſit in his reſponſis antinomia, non intelligo. nec enim, ſi rectè contextus diſtinguatur, partuum rationem reddere hæredem debere dicemus, ſed ut ſumptus, ſi quos in res hæreditarias fecit, ita illos ipſos partus detrahere poſſe. Quod ſi quis noſtram refellere explicationem ideo velit, quòd Ulpianus dixerit ad fideicommiſſarium, cum univerſa hæreditate, extantes partus pertinere, quia in fructibus hi non habentur: is ſe codicis errore deceptum ſciat. Non enim, *quia*, ſed *quamvis*, in antiquis codicibus, tum excuſis, tum manuſcriptis legitur. Et hæc quidem lectio Ulpiani ſententiæ optimè convenit. Nam ipſe vult hæredem, ex hæreditatis reſtitutione partus detrahere, *L. In fideicom.* 18. *ad S.C. Trebell.* eoſque in quartam (ut ait Paulus) computare: quamvis non ſint in fructu & in fideicommiſſariam hæreditatis reſtitutionem cum venire nō dicantur fructus, cætera quæ ex hæreditate capiuntur, reſtituenda

eſſe videantur. Et partus quidem poſt teſtatoris obitum editi, ſunt quodam modo præter hæreditatem, id eſt præter id quod teſtator eum rogavit reſtituere: quia tum nati & in lucem emiſſi non erant: nec de iis cogitare teſtator potuerat.

ENARRATIO OBſcuriſſimæ Dioclet. & Maximia. Imp. conſtitutionis, cujus caput eſt, filius quem, ſub titu. familiæ erciſcund. ejuſque cum aliis quibuſdam juris Romani locis conciliatio.

CAP. IV.

SI Tribonianus principum conſtitutiones ita diſpoſuiſſet, ut facti libello comprehenſi ſpecies, de qua conſulti impp. reſcripſerunt, intelligi facilè poſſet: ipſorum adeò obſcura non viderentur reſcripta, ut hac ex conſtitutione apparet. Nam

Nam inter juris interpretes, ſatis non convenit, quo jure fundum haberet filius. Alii enim datum ipſi in peculium alii prælegatum, alii donatum fuiſſe exiſtimant. Ego verò (ut quid ſentiam ingenuè & breviter dicam) filium ex parte inſtitutum fuiſſe, eique, adſcriptum fundum arbitror. atque in eo teſtamento, vel in codicillis teſtatorem rogaſſe filium ut portionem hæreditatis, ex qua ipſum inſtituerat, hunc ſcilicet fundum fratribus & quibuſdam aliis, ſub conditione dandorum (exempli gratia) decem reſtitueret. Et hæc quidem explicatio, quæſtioni propoſitæ quam proximè accedit. Cõſtat enim de fideicommiſſo impp. ſcribere, quod relinqui non poteſt, niſi ab eo præſtandum, qui id habet quod rogatus eſt reſtituere. Nam ſciendum eſt (ut ſcribit Ulpianus noſter *L.1.§.ſciendum. de lega. 3.*) eorum fidei committi poſſe, ad quos aliquid pervẽturum eſt, morte ejus, vel dum eis datur, vel dum eis nõ adimitur. nec recipiendũ eſt queadmodũ Paulus elegan-

eleganter reſpondit, *L. Sed & ſi. 6. de lega.*3. ut cui nihil dederis, eum rogando obliges. Nec mutat, quod filium habētem fundū dixerint Impp. quaſi verò teſtamēti tempore poſſederit. Nam ſtatim atq; hæres inſtitutus eſt aliquis, rem ſibi à teſtatore relictam habere videtur, unde ab hero dici hæres antiquis videtur. Et maximè filius, qui etiam vivo patre quodammodo dominus exiſtimatur. *L. In ſuis.* 11. *de liber. & poſthum.* Sed & non ineptè, is habere dicitur, qui reſtituere rogatur. Quod ſi fratres cōditionem impleverint (quam probabile eſt filii qui oneratur reſpexiſſe utilitatem ne damnum ſine commodo ſentiat) & ipſe fundum ita reſtituat, ut primùm ex prædio tantam portionem retineat, quantam ſi omnes in illo tantum à teſtatore inſtituti fuiſſent, accipere potuiſſent: eamque partem in quartam computet, unà cum eo quod à cohæredibus vice mutua percepit, id eſt, eo ipſo ſub cujus dandi conditione reſtituere rogatus eſt. Et ſi quid deeſt quartæ,

quartæ, in ſupplementum deducat, quod à cæteris ad implendam conditionem fundumque obtinendum ſolvetur. Quod ſi ex ea retentione & compenſatione, ſupra quartam habuerit, familiæ erciſcundæ judicio reddere compelletur. Hæc eſt ſuccincta hujus reſcripti enarratio quæ ut fiat clarior, ſciendum eſt eum, qui hæreditatem univerſam vel aliquam ejus portionem reſtituere rogatus eſt, perinde quartam partem retinere poſſe, atq; ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur: ut præclarè & breviter explicat Iuſtinianus. *Titu. de fideicom. hæred.* Cum is igitur filius, ex certa parte hæres ſcriptus, fundum, qui ſolus ei adſcriptus fuerat, reſtituere rogatus ſit; quartam Trebellianam retinere poteſt. Sed quia ſub conditione aliquid à cohæredibus accipiendi, reſtituere debet; id quod accepit, in quartam ei imputabitur: ut divus Pius conſtituit. *L. in quartam, 90. Ad leg. Falc.* Quod etiam noſtri impp. reſcripſerunt, compenſatum quod à

cohæ-

cohæredibus vice mutua percepit, ſcribentes. Sed tota hujus conſtitutionis quæſtio in eo verſatur, An filius familiæ erciſcundæ judicio reddere compellatur quod ſupra quartam accepit. Ea enim ſub titulo familiæ erciſcundæ poſita, ad alium tractatum præcipuè nō pertinet. Quod autē ipſi de retēta quarta narrant, factum ita fuiſſe oſtendunt.

Conciliatio hujus l. & l. in quartam. Ad leg. Falc.

QUare nemo non videt, ex hac noſtra interpretatione, omnes commentitias interpretum antinomias diſſolvi. Nam (ut eas ordine percurram) in quo diſſentit Mætianus à noſtrorum Impp. ſentētia? ipſe pro ea parte quam is qui reſtituit, accipit à cohærede extra quartā, id eſſe quod à cohærede accipitur, ſcribit. Dicunt autem Impp. cōpenſatū, quod à cohæredibus vice mutua percepit: non compenſandum ſtatuunt, ſed etiam ſi ita ſanxiſſent, cōciliare tamen ipſos I. C. poſſemus. Loquuntur enim illi de eo, quod vice mutua

præſtan-

præſtandum erat, quodq́; teſtatoris judicio cōpenſari debebat. Sed Mætianus id eſſe, quod à cohærede accipitur dicit, quod ſcilicet pro ea parte, quam extra quartam à cohærede accipit, habet. Sic enim Mętianum interpretor (quanvis alii aliter) quaſi ipſe diceret, id tantùm à cohærede eum, qui hæreditatem reſtituit, accipere, quod extra quartam hæreditatis partem à cohærede pro ſua parte accipit. Quarta enim non hæredis liberalitate, ſed legis potius beneficio tribuitur. Tum ſubjicit. I. C. Sed ſi pecuniam à cohærede acceperit, atque ita hæreditatem reſtituerit, id quod accepit, in quartam ei imputabitur; idq́ue divum Pium conſtituiſſe ſcribit, cujus ſententia cum impp. noſtrorum reſcripto conſentit. Et videtur quidem poſterior hic verſiculus, præcedentis eſſe interpretatio. Si .n. is qui reſtituere rogatus eſt, quartā hæreditatis partē retineat, & extra eā accipiat à cohærede pecuniā, ſub qua reſtituere rogatus eſt, reſpōdit juriſcōſul, id quod extra quartā

datur,

datur, illud eſſe, quod à cohærede non teſtatoris voluntate, neque legis beneficio accipitur, ſed hoc tamen ipſum in quartam imputari: ideoque compenſandum eſſe cum ea hæreditatis portione quam retinere vult. Et hæc quidem conciliatio nova & noſtris interpretibus inaudita, verior eſt, quam infinita ipſorum commenta: quæ ſi ſequeremur, & propius Mætiani verba inſpiceremus, ipſum ſibi contrarium eſſe diceremus.

Conciliatio hujus l. & l. Titia. 86. Ad leg. Falcid.

Magis obſtat, quod Iulianus lib. 40. Digeſtorum ſcribit, in eo obſcuro reſponſo, cujus hæc eſt epitome. Titia teſtamento ſuo Titium fratrem ſuum, ex parte tertia hæredem inſtituit, fideique ejus commiſit: ut hæreditatem retenta quarta parte, Secundæ & Proculæ reſtitueret. Eadem quædam prædia prælegavit. Quæritur, an ſolam quartam retinere, in eamque prælegata imputare

putare debeat Titius. & reſpondet I. C. Titium legata integra retinere debere, ſed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem prædiorum. Sed ſi non eſſet adjectum, ut pars quarta deduceretur: totum trientem prædiorum legi Falcidiæ imputari oportere; quoniam contra ſententiam matrisfamilias lex falcidia induceretur. Conſtat igitur ultra quartam, retinere prælegatorum partem, eum qui reſtituere rogatus eſt, poſſe: cum tamen Impp. noſtri eum, quod ſupra quartam habet, reddere compelli ſanxerint. Sed obſervandum eſt imp. de Trebelliana quarta, Iulianum verò de Falcidia loqui.

Differentia inter quartam Trebellia. & eam quæ ex lege Falcidia debetur.

Hæc enim inter cæteras, magna eſt inter has duas quartas differentia, quòd ea tantùm legi Falcidiæ imputentur, quæ iure hæreditario hæres accipit: non quæ iure legati, vel fideicommiſsi, vel implen-

dæ conditionis cauſa. Sed in fideicom-miſſaria hæreditate reſtituenda, ſive legatum datum eſt hæredi, ſive præcipere vel deducere vel retinere iuſſus eſt; in quartam id ei imputatur. *d.l. In quartam.* Huius diverſitatis, ea mihi ratio eſſe videtur: quia cum ex legatis, à quibus tota exhauriebatur hæreditas, detrahatur Falcidia; ea verò legata quæ legatarij non capiunt, cum apud hæredes ſubſederint, hæreditario jure apud eos remanere intelligantur, & ideò (ut Caius noſter ſcribit *L. Id autem. 76. ad leg. falcid.*) quadranti imputanda ſint, nec quicquam interſit, utrum ſtatim ab initio legatum ſit, an quod legatum eſt remanſerit: rectè hæreditarium dicitur, quicquid legi Falcidiæ imputatur. unde fideicommiſſum vel legatum, quod ſemel fideicommiſſarij vel legatarij fuit, ad hæredem revertens, nomen non amittit, nec in Falcidiam imputatur. *L. ſi à me. 29. ad leg. falcid.* At Senatus conſultum id tantum inſpexit, ne hæres gravatus ſua aditione, onus ſine commodo ſentiret. Ideóq; ipſi viſum eſt ſatis eſſe, quartam quoquo modo hæredi ſer-

vari. Sed ex hac noſtra interpretatione abſurdum ſequi videtur. Cum enim Iulianum de Falcidia interpretamur, nobis ipſis contrarij videmur: quia in Falcidiam legata non imputari diximus. I.C. verò ea imputat, vult enim, ſi teſtator de quarta expreſſe ſanxerit: in eam prædiorum duodecimã partẽ imputari oportere; ſi verò illius non meminerit, totũ trientem. Verũ ſi quis propius inſpiciat, hanc cõtrarietatẽ facilè tollet. Neſennio enim Apollinari reſpõdit Iulius Paulus, *L. Neſennius. 22. ad leg. Falc.* eum qui legatum vel fideicõmiſſum (idẽ enim de utroq; dicendũ arbitror, cum legata fideicõmiſsis exæquata ſint) præſtaturus eſt, ab eodem aliquid ex teſtamẽto petit, non eſſe audiendũ, uti adverſus eum Falcidię beneficio cupientem, ſi id quod percepturus eſt ex voluntate teſtatoris, ſuppleat quod deducere deſiderat. Vnde conſtat prælegata in Falcidiam imputari, ſi mutua vice præſtanda ſint, ut in ſpecie Iuliano propoſita; qui ideo dubitabat, an integra prælegata imputanda eſſent. Id enim dicendum

 vide-

videbatur, propter Pauli rationem, ſed aliter ille reſpondit, rationem ſubjiciens, ex qua ſatis indicat, hanc eſſe voluntatis quæſtionem, quæ ex mentis conjectura pendet. Ait enim tota ideo prælegata, in quartam non imputari, ne contra ſententiam matrisfamilias lex Falcidia induceretur. Sed aliàs de hoc Iuliani reſponſo plura dicemus.

Conciliatio d.l. Titia, & l. Marcellus 3. l. in fideicommiſſaria. 18. ad S.C. Trebellian. l. Cum virum. C. de fideicomm.

Non eſt tamen omittendum, quod ad eorum quæ diximus explicationem pertinet, Vlpianum duobus locis, Carum, Carinum & Numeria, Impp. ex viri prudentiſsimi Papiniani ſententia ſcripſiſſe, non integra legata, ab eo qui reſtituere rogatus eſt retineri, ſed eam tantum partem, quæ à cohærede accipitur: cum tamen aliud hîc reſpondeat Iulianus. Sed iam monui, intereſſe inter Falcidiam legem & Trebellianam quartam. Et ex ea quidem

quidem differentia, harum opinionum diverſitatis ratio intelligi poteſt. illi enim loquuntur de fideicommiſſaria hæreditatis reſtitutione: hic verò de lege Falcidia, in quam mutua tantum prælegata imputantur: & ea quidem integra: niſi teſtatoris voluntas repugnet, *L. Si Titius. 42. de legat.3.d.l. Marcellus.§.Quidam liberis.* Et hæc adeò vera ſunt: ut rectè Cumanus & Fulgoſius vulgarem atq; ab interpretibus excogitatam ordinis ſcripturæ diſtinctionem refellerint. Nihil enim refert, an præceſſerit fideicommiſſum, an verò legata, ut eleganter ex Caij & Vlpiani authoritate probarunt.

CONCILIATIO CApitis 3. & 8. titu. de acqui. vel amitten. poſſeßio.

CAP. V.

MEmini explicatam poſſeſsionis definitionem atque diviſionem à me fuiſſe libro primo. Sed in

illo ea tantum breviter ſcripſi, quæ ad intelligendam poſſeſsionis naturam pertinere exiſtimabam: hanc verò non omittendam antinomiam non attigi. Eſt tamē difficilis. Nam ſibi ipſi minimè conſentire videtur Paulus. ait enim uno loco, in amittenda poſſeſsione affectionem eius qui poſsidet, intuendam eſſe: itaque ſi in fundo ſis, & tamen nolis eum poſsidere, protinus amittes poſſeſsionem. Igitur amitti & animo ſolo poteſt, quanvis acquiri non poteſt. Scribit autem alio loco. Quemadmodum nulla poſſeſsio acquiri, niſi animo & corpore poteſt, ita nullam amitti, niſi in qua utrunque in contrarium actum eſt. Eamq; Pauli ſententiam, repetitam ſub titulo de regulis iuris legimus. *L. Fere.* 195. *de re. iur.* Quibus modis acquirimus, inquit, iiſdem in contrarium actis amittimus. Vt igitur nulla poſſeſsio acquiri, niſi animo & corpore poteſt: ita nulla amittitur, niſi in qua utrunque in contrarium actum eſt. Clariſsimus iuriſconſultus Aemylius Ferrettus, in ſuis elegantiſsimis commentarijs

(quos

(quos ſæpius efflagitatos hodie accepimus) hoc contrarium rejectis aliorum interpretum commentis, ita ſolvit: primùm totam Pauli ſententiam *d.l.3. §. Neratius.* conjungit, ut quemadmodum is eſt adipiſcendæ poſſeſsionis ordo, ut corpore incipiamus acquirere, & animus ſubſequatur; ita in amittenda quoque poſſeſsione, intuenda ſit affectio, tanquam principium (non quòd ea ſola ſufficiat) tum ſubſequatur corpus: atque ita utrunque in contrarium agatur, & alio ordine quàm in acquirenda. Equidem (pace tanti viri dixerim) non poſſum hãc ſolutionem probare. Ipſa enim anguſtior eſt, quàm ut ad omnes amittendæ poſſeſſionis modos referri poſsit. Quid enim ſi iam corpore rei poſſeſsionem deſeruerit? Præterea rectè mihi interpretari Paulum ſuum non videtur: cum *protinus amittes*, explicat, *initium amittendæ feceris*, particula enim *protinus*, totam rei ſubſtantiam tangit. Itaque (ut dicam quod ſentio) animadvertendum eſſe arbitror, poſſeſsionem non aliter acquiri,

quàm ſi corpore rem apprehendas, & dominantis animum habeas. Cùm igitur rem poſsides ſive corpore & animo, ſive ſolo animo, ſtatim atque nolueris eam domini voluntate habere, poſſeſsionem amittis. Sed tamen aliquid etiam in corpus tuum agitur, contrà quàm in acquirenda poſſeſsione requiratur. ſi enim rei inſiſtas, ex ea corpus tuum deijcitur: ſi verò abſis, rediens ad ſuam detentionem non accedit. Et certè Paulus non dicit in amittenda poſſeſsione animum & corpus, ut in acquirenda requiri; ſed ut utrunque in contrarium actum ſit. quæ verba eam, quam diximus, recipiunt interpretationem, nempe ut in animum & corpus poſsidentis, aliquid actum ſit contrarium poſſeſsionis acquiſitioni. Præterea Paulus eo in loco, quem ex regulis juris retulimus, particulam *ferè* adjecit: quam rectè in hoc caſu appoſitam fuiſſe notat juris epitomæ ſcholiaſtes *Harmeno. iur. epito. lib. 2. titu.* 1. quo enim modo poſſeſſionem alicuius rei acquirere poſſumus, non prorſus eodem modo eam amittimus:

mus: ut non ineptè quis dixerit: Quod ſcribit animo & corpore amitti poſſeſsionem, eo caſu intelligi debere, quo animo & corpore poſsidet quis, aut certè abeſt, ſed cum velit ingredi fundum, eijcitur: ob eâmque vim & poſsidendi animum deſerat, & ſeipſum eijci ferat.

CONCILIATIO DEcij Imp. conſtitutionis, cuius caput eſt, Donatarum. ſub titu. Cod. de acquir. & retin. poſſeſs. cum cap. prim. Dig. eodem titu.

CAP. VI.

DIfficilior ſub eodem titulo legitur antinomia. ſcribit enim Paulus, Offilium & Nervam filium, etiam ſine tutoris auctoritate poſsidere incipere poſſe pupillum, dixiſſe: eam enim rem facti non iuris eſſe. Quam ſententiam recipi poſſe ait, ſi eius ætatis ſit, ut intellectum capiat. Sed contrarium reſcripſiſſe Decius Imp. vi-

detur. Nam ipſe ſic ait: *Donatarum rerum à quacunque perſona infanti vacua poſſeſsio tradita corpore quæritur. Quamvis enim ſint authorum ſententiæ diſſentientes: tamen conſultius videtur, interim (licet animi plenus non fuiſſet affectus) poſſeſsionem per traditionẽ eſſe quæſitam. alioquin ſicuti conſultiſsimi viri Papiniani reſponſo continetur, nec quidem per tutorem poſſeſsio infanti poterit acquiri.* Nam iudicium infantis (ut ſcribit Paulus *L. Quamvis. 32. de acqui. poſſeſs.*) ſuppletur authoritate tutoris: utilitatis enim cauſa hoc receptum eſt. Equidem multa inveniri poſſe quæ hanc contrarietatem diſſolvant, non ignoro. Nam Paulus cùm pupillum dicit, qui intellectum capit, de eo etiam infante intelligi poteſt, qui amplius non lactat: ſed infantiæ proximus eſt. Dici enim eum infantem conſtat, ut eleganter Theophilus §. *Pupillus. Inſtit. de inut. ſtipul.* ſcribit. Sed hic ipſe quamvis verba proferre poſsit, non tamen plenum animi affectum habet, id eſt, utcunque intelligit, quod facit: is tamen

men dijudicare non poteſt quid ſibi velint ea quæ dicuntur, & quem ad finem res ipſi tradatur. Et ex hac quidem interpretatione non intelligo, quod inter ipſos juris authores interſit: maximè cum vacua poſſeſsio infanti de manu (ut dicitur) in manũ tradi dicatur. Nam de rebus tantum donatis ſancit Imp. in quibus tradendis non tanta juris obſervatio requiritur: quàm ſi ex alio quovis contractu, ut emptione, permutatione, & ſimili transferẽda eſſet poſſeſsio. Rem enim accipiens, donationem ſola acceptione infans, quodammodo ratam habere, ideòque poſsidere cenſetur, cùm, ſi tantum animi non habeat, quantum ad acquirendam poſſeſsionem ſufficit, rei corpore inſiſtat. Hæc certè ad eam antinomiam explicandam, ita à me dicuntur: ut tamen ſententias I.C. diſſentientes non fuiſſe, non exiſtimem. Sed cùm à Paulo Papinianum diſsidere non videam, Pandect. & Cod. compoſitores (quibus multum debemus) negligentiæ accuſare non poſſum.

CON-

CONCILIATIO

cap. 7. de pact. & c. 5. in §. Quod ſi faciam. de præſcript. verb.

CAP. VII.

IN diſſolvendo horum capitum nodo, elaborant omnes interpretes; ſed ſibi adeò parum conſentiunt, ut eorum nullus doctum ſe exiſtimet, niſi novi aliquid attulerit. Equidem prius vicinam huic antinomiam explicare ſtatui, quàm vel meam ſententiam confirmem, vel diverſas aliorum opiniones referam. Vlpianus *l. 7. in pr. de pact.* in hac ſpecie, dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumiſiſti, evictus eſt Stichus: Iulianus ſcribit in factum actionem à prætore dandam. Martianus autem (ait ille) à quo Iulianus rectè reprehenſus eſt, civilem incerti actionem, id eſt præſcriptis verbis ſufficere dicit. Aliter Paulus *d. l. 5. §. Sed ſi dedi.* Iuliani ſententiam refert.

Si

Si dedi tibi ſervum, ut ſervum tuum manumitteres, & manumiſiſti, & is quem dedi evictus eſt: ſi ſciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus ſcribit: ſi ignorans, in factum civilem. Sed certè quod ad Pauli diſtinctionē attinet, quam hic Vlpianus omiſit, reſponderi facilè poteſt. Satis enim ad propoſitam quæſtionem eſſe arbitratus eſt Vlpianus, Martiani Iulianum reprehendentis ſententiam referre. Sed Paulus ex diverſis Iuliani libris, hanc fortè diſtinctionem collegit, cùm Martianum eum duntaxat locum notaſſe, eùmque ſolum ab Vlpiano qui Martianum refert, obſervatum eſſe veriſimile ſit: in quo ſibi non rectè ſenſiſſe Iulianus videbatur. Maior autem in eo dubitatio eſt, quod Vlpianus cum Martiano Iulianum reprehenderit, quia dandā à prætore actionem dixerat: cum civilis præſcriptis verbis competat. Paulus verò Iulia. ſententiam approbans, ipſum civilem ſcripſiſſe reſponderit. Sed certè ipſi Iuriſconſ. non adeo de re ipſa diſſentiunt: verùm in eo tantū non conveniunt, quòd

non

non eodem modo eius ſententiam refe-rant. Doctiſsimus iuriſconſultus & præceptor meus Franciſcus Duarenus ſuſpicatur Tribonianum, cum à Paulo Iuliani ſententiam re[illegible]ante, actionis in factum mentio tantum facta eſſet, ne ab Vlpiani reſponſo diſcepare videretur, verbum *Civilem* adjeciſſe, id ſatis eſſe ratum ad antinomiam vitandam, ſi in ſumma propoſitæ quæſtionis nulla reperiretur controverſia. Huic ſuæ ſententiæ fucum, ex Iuſtiniani conſtitutione quærit: ita ingenioſus eſt, ut facile quod excogitavit probet. Verum (pace tanti viri dixerim) ſi diutius in ea opinione hærere velit: neſcio qua ratione, quæ ſit cujuſque iuriſconſulti vera ſententia, definiri poſsit. Equidem ex Caio libr. 10. ad edictum provinciale, *L. Si tibi. 22. de præſcr. verb.* notavi actionem præſcriptis verbis, in factum etiam dici: ut quanvis verbum, *civilem*, omiſſum fuiſſet, de pręſcriptis verbis actione intelligendum, quod ſcribit Paulus, eſſet. Præterea hic ipſe iuriſconſultus alterius ſententiam refert, in

eô tractatu, qui de præſcriptis verbis actione totus eſt. Sed otioſum adeo Tribonianum non fuiſſe arbitror, ut relatas ab aliis opiniones corrigere voluerit: maximê cum iam collegiſſet, quicquid ad ejus loci emendationem facere poterat, ſi modò corrigendus erat. Noſtri quoque Duareni opinionem non probavit Eguinarius Baro, vir de iuriſprudentia bene meritus: ſed quàm rectè, aliorum ſit judicium. mihi ſanè non placet eius ſolutio. Nec enim probabile eſt Vlpianum abſque notis adduxiſſe Iulianum, Paulum unà cum notis ad ipſum ſcriptis. Nunquam enim legi, Martianum aut (ut in aliis libris ſcribitur) Mauritianum, notas ad Iulianum ſcripſiſſe. Denique ex his veterum Iuriſconſultorum libris collecta fragmenta, ipſos non ita confusè notas cum authore retuliſſe oſtendunt. Itaque (ut dicam quod ſentio) mihi jam videor huius contrarii ſolutionem attigiſſe. Nam accepi Iulianum plures libros in jure civili ſcripſiſſe, inter quos ſunt Digeſtorum libri nonaginta novem.

novem. In quorum varijs locis hanc eum quæſtionem tractaſſe probabile eſt. Sed cum uno forte in loco, dandam eſſe in factum actionem dixiſſet Iulianus: atque (ut à Pomponio libr. 28. ad Q. Mutium ſcribitur *L. Quia.* 11. *de præſcript. verb.*) in factum actiones appellentur, quæ à Prætore legem ſupplente dantur: exiſtimavit Martianus ipſum de actione in factū prætoria loqui, eúmque ideo reprehendit. Et ea certè ratione ſuam reprehenſionem tueri poterat: quia cum de præſcriptis verbis actione loquimur, rarò civilis appellationem omittimus. Et in factum actio, ſimpliciter & abſque ulla adjectione cum profertur: in dubio magis ad prætoriam quàm ad civilem pertineat: præſertim cum actioni de dolo confertur, Hanc Martiani ſententiam ſequutus eſt Vlpianus, eadémque ratione Iulianum reprehendit. Verùm Paulus, qui omnes diligentius fortè Iuliani libros perlegerat (in eos enim ipſum notas ſcripſiſſe teſtatur index prudentum qui Pandec. præfixus eſt) quique etiam

Martia-

Martiani reprehenſionem notaverat. intellexit Iulianum de civili in factum actione loqui. Ideoque eum plenius referens, verbum *civilem* adjecit. Sequitur apud Paulum difficilis nodus. *Quod ſi faciam ut des*, ait, *& poſtea quàm feci, ceſſas dare: nulla erit civilis actio, & ideo de dolo dabitur.* Nam in ſpecie non omninò diverſa, quæ hîc ab Ulpiano tractatur, civilem incerti actionem, id eſt præſcriptis verbis competere dicitur. Et lib. 42. ad Sabinum idem ipſe Ulpia. *L. Solent.* 15. *de præſcr. verb.* ſcribit, ſi pactio interceſſerit hujuſmodi, ſi indicaveris apprehenderiſque ſervum fugitivum, dabo tibi alium ſervum: & ipſum apprehēderis: tibi competere præſcriptis verbis actionem, niſi dolus aliquis arguatur. Andreas Alciatus recentiorum I. C. facilè princeps, *l. Labeo.* 19. *numer.* 7. *de ver. ſign.* in hoc contractu facio ut des, ab aliis innominatis diverſam ſtatuendi rationem hanc eſſe arbitratur: quòd in illo non ſit συνάλλαγμα, id eſt (ut ipſe interpretatur) mutuum

R factum

ſactum obligatorium. potuit enim factum tuum explicari abſque meo, & ideo præſcriptis verbis nō agitur, quod nō eſt in contractu Do ut facias, vel do ut des. Sed & in cōtractu facio ut facias, ultra promiſsionem videri utrinq; interpoſitum mandatum ſcribit. Verùm quæ commutatio, actuumque viciſsitudo (quam *συνάλλαγμα* ſignificat) ex hac Alciati interpretatione inter dantem & accipientem fore intelligetur? Præterea quid ad producendam de dolo vel præſcriptis verbis actionem, quod de mandato dicit, pertinet? Poteſt ne illud commentum impedire, quo minus regula ab eo tradita, in facio ut facias innominato contractu locum non habeat? Defendi igitur non poteſt Alciati opinio, quæ nec placuit Duareno noſtro. Is enim generaliter colligit ex omni conventione, cujus propria appellatio jure civili prodita non eſt, ſi cauſa ſubſit, id eſt, datio vel factum, actionem præſcriptis verbis competere: ſed ſi dolus intervenerit,

de

de dolo agi poſſe. Atque eas ipſas actiones ita concurrere, ut ſit electio actoris utra experiri maluerit, exiſtimat. Unde apud Paulum, cum ait nullam fore civilem actionem, de ea quę certum nomen certamq́ue formulam jure civili proditam habet, interpretatur. Sed hæc ſententia, quam ex Fulgoſio accepit, multis rationibus confutatur: ut verendum ſit, ne non recipi queat. Primum enim præſcriptis verbis actionem, civilem dici conſtat: maximè in eo tractatu, qui à Paulo explicatur. Tum imbecilli adeo & ingenio & memoria hunc prudentem I, C. fuiſſe credi non poteſt, ut quam modo vocem de incerta actione intellexerit, ſtatim eodemq́; contextu pro certa uſurpet. Deinde Pomponius *L. Permiſiſti.* 16. *de praſc. verb.* in ſimili ſpecie, dandã de dolo actionem ſignificat, rejecta Ariſtonis dubitatiõe, an in factũ dari poſſet, à quo nec Ulpianus *l. Si cum.* 34. *de dolo* longe abeſt. Deniq; cõſtat actionẽ præſcriptis verbis, cum ea quæ de dolo eſt, nõ dari,

Digitized by Google

Diſtinguit enim ex Pomponii ſentētia Ulpianus *L. Si quis affirma. 9. de dolo.* ut cum ſequeſtro præſcriptis verbis actione agi poſsit: vel ſi is non ſit ſolvendo, cum eo qui cum rem tanquam ſuam defenderet, eam deponi fecit, de dolo. Huc pertinet quòd cum reprehenſus fuerit Iulianus, quia prætoriam in factū actionem eo caſu competere exiſtimabat, quo civilis ſufficiebat, multo minus de dolo dabitur ubi hæc præſcriptis verbis competit. Sed quid multis? cum & prætoris edictum, & I.C. ad illud commentarii *L. 1. de dolo.* diſertè oſtendant tum de dolo actionem dari, cum nulla alia neque civilis neq; honoraria prodita eſt. Sunt qui Paulum interpretentur, cum dolus aliquis arguitur ſecūdum Ulpiani à nobis relatam diſtinctionem. *d. l. Solent.* Sed cùm generaliter nullam omnino civilem, id eſt ne incertam quidem, ſed tantùm de dolo actionem dari dixerit: vix eſt ut hæc interpretatio ad I. C. mentem accedat. fictitia autem eſt eorum diſtinctio, qui non

non aliter contrahi συνάλλαγμα exiſtimant, actionemq́ue præſcriptis verbis dari, quam ſi mutuum negotium inter utrunque geſtum ſit, ex quo aliquid ad contrahentes acceſſerit, ideoque hanc exceptionem Paulo adjiciunt. Nec enim video qua ratione defendi poſsit, cùm á nullo I. C. tradita ſit, & generaliter negantem illius opinionem nimis reſtringat. Præterea apud Ulpianum Labeo συνάλλαγμα ſeu contractum ultro citroq́ue obligationem eſſe ſcribit. *L. Labeo. de verb. ſignific.* mutuumq́ue, ſolum conſenſum & vinculum, non autem mutuam utilitatem requirit. Equidem doctis viris tantùm otii fuiſſe miror, ut his nugis ingenium ſuum explerent. Sed (ut dicam quod ſentio) prius quædam horum de contractuum natura dicenda mihi eſſe arbitror: his enim cognitis tota facilius quæſtio explicari poterit. Atque primùm intelligendum eſt quoſdam eſſe contractus, qui proprium nomen habent, alios qui in generali contractus appellatione re-

manent, qui omnes actionem pariunt. propter συνάλλαγμα quod ipſis ineſt. De nominatis dicam alio loco: nunc de innominatis dicere ſtatui. Ulpian. noſter hanc quam ex eo didicimus ſentētiam, Ariſtonis authoritate cōfirmat. is enim contractum eſſe, ex ea conventione, cui cauſa ſubeſt (quamvis innominata ſit) συνάλλαγμα, unde hæc præſcriptis verbis naſcatur actio, ſcribit. Sciendū eſt igitur quid ſit συνάλλαγμα. Et certè græcis (à quibus hoc nomen accepimus) συναλλάττω idem ſignificat quod nobis commuto: unde συνάλλαγμα dici rectè poteſt, mutuum commercium & ut ait Labeo, ultro citroque obligatio. Hæc enim obligationis viciſsitudo, mutua quadam tractatione civilem reciproci negotii commutationem oſtendit: unde mutuum vinculum naſcitur, quod contrahentes invicem ligat. Et certè (ut ait Ariſtoteles *lib. 5. de morib.*) omnia quæ in cōmercium veniunt, debent quodammodo mutua commutatione fungi. Sed hæc ita intel-

intelligenda ſunt, ut tamen ex omni cōtractu ſibi invicem obligari contrahentes non ſemper dicamus. Nam in his innominatis contractibus, qui aliter iniri non poſſunt, quàm ſi cauſa ſequuta ſit, negotiumve (ut ait Ulpianus *d.l.Solent.*) intervenerit, id eſt datū vel factum aliquid fuerit: is ſolus obligatur qui viciſsim dare vel facere tenetur. Verùm hanc ultro citroq; obligationem ex conſenſus viciſsitudine, ita interpretemur: ut inter ipſos quidem contrahentes invicem aliquid factum fuerit, atque ita mutuæ fidei mutuique conſenſus vinculo adſtricti videantur, ſed & reciprocæ rerum tractationis nexu (ut in emptione venditione & ſimilibus) obligentur. Atq; ita Labeonē obſcurè & ſuccinctè loquentē *d. l. Labeo.* explicare ſoleo. Mutuum quidem negotiū, cujus quædā quaſi cōmutatio inter contrahentes fit, omnibus in cōtractibus, etiam in iis qui nomen proprium non habent, verſatur. Aliquid n. datur vel fit, ut viciſsim fiat vel detur,

Digitized by Google

unde ex innominatis hæc præſcriptis verbis actio naſcitur, quæ ita appellatur, quia conceptis præſcriptiſque in factum verbis ex jure civili datur, ad formam & ſimilitudinem legitimarum actionum, quæ certæ ſunt. Mirum eſt igitur quid ſit, quod Paulus ex contractu facio ut des, nullam dari civilem actionem, ſed de dolo dixerit, cum ex cæteris eam competere, niſi dolus arguatur, & ipſe & cæteri I.C. ſcripſerint: *Toto ferè titu. de præſcrip. ver.* & hujus contractus facio ut des explicatio, in eo qui eſt do ut facias contineatur, quia ex ſolo (ut ita dicam) conventionis implemēto id eſt ex negotio & cauſa præcedente, an dandum vel faciendum ſit judicatur. Sed & multo magis, qui fecit ad dandum actionem habere debet, cū dari quod promiſſum eſt ſemper poſſe omnibus placuerit. Præterea multis in locis hanc præſcriptis verbis dari actionem legimus, ut non temerè ſuſpicētur quidam corruptū eſſe Pau. locum. Mihi certè propius inſpicienti & hujus contra-

contractus cum do ut facias affinitatem cogitanti, viſum eſt ipſum Pauli locum intelligi rectè poſſe, ſi totum contextum ut cohærere debet, conjungamus: adverſativa enim particula, *quod*, cum verſiculum, ex ſuperioribus pendere oſtendit: hoc ſenſu: dedi tibi ſervum, ut ſervum tuum manumittas (hic eſt contractus do ut facias de quo diſtinguit Paulus) Quod ſi manumiſi ſervum ut tuum mihi des, & ceſſas dare: de dolo dabitur actio, quia ipſa ceſſatio moram tuam dolumq́; arguit. Et ideo cùm dolus intervenerit, non eſt civilis danda actio. Eſt igitur maximè notandum, quod dicit *ceſſas*, non autem *non potes dare*. aſtutum enim obligati conſilium qui fruſtratione & injuſta dilatione rem, quam poteſt dare, denegat, eum dolo non carere oſtendit: nec minus quidem quàm ſi ſciens rem alienam dederit. Quare generalem regulam nō tradit Paulus: ſed ſpeciem præcedenti conjunctam atque cohærentem tractat, ut diverſum in hoc contractu,

Digitized by Google

tractu, quàm in cæteris innominatis ſtatuendum non ſit, perpetuoque locum habeat Ulpiani regula *d. l. Solent.* ut ſi conventio negotium habeat, ex ea civilis actio poſsit oriri, id eſt præſcriptis verbis: ubi verò dolus aliquis arguatur, de dolo competat. Hæc eſt mea opinio, quam pluribus verbis nunc illuſtrare non ſtatui: cùm libro tertio de actionibus & judiciis dicturum me pollicitus ſim. Sed ne innovandi curioſus videar, ſi quis Pauli Caſtrenſis, puri, docti & ſubtilis interpretis ſcripta legere voluerit, intelliget ipſum eodē ferè modo I. C. enarrare, ſed adeò frigidè & jejunè, ut ejus interpretatio ab omnibus meritò exploſa videatur. Sed illi non intelligebant Paulum uno orationis progreſſu connexas horum contractuum quæſtiones tractaſſe.

DE PACTIS IN rem & in perſonam, diſſolutæ quædam antinomia.

CAP.

CAP. VIII.

PActorum quædam in rem eſſe, quædam in perſonam ſcribit Ulpianus, *l, jusgentium. 7. §. pactorum. de pact.* Et in rem ea ſunt, quæ generaliter concipiuntur. In perſonam verò quæ certæ perſonæ nomen continent. Quæ differentia ut intelligatur, non ſolùm verba paciſcentium, ſed mens quoque & ſententia ipſorum ſpectanda eſt. Et ideo non tam ex verbis, quàm ex mente cõvenientium æſtimandum eſt, an ad rem an verò ad certam perſonam pacta dirigãtur. *L. Tale. 40. l. Epiſtola. 52. de pact.* Horum pactorum eam eſſe ex I. C. libris differentiam collegi, quòd in rem concepta ad hæredes trãſeant, proſintque omnibus, quorum obligationem diſſolutam eſſe, ejus qui paciſcebatur, interfuit. *l. Tale. l. & hæredi. 21. de pact.* Quæ verò in perſonam ſunt ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad hæredem, Labeo ait. *l. idem. 25. de pact.*

Has

Has duas regulas variis exemplis illuſtrari in noſtri juris Romani libris legimus. Sed de quibuſdam inter ipſos authores non planè convenit. Scribit enim Paulus, *L. Si tibi.* 17. §. *cum poſſeſſor. de pac.* cum poſſeſſor alienæ hæreditatis pactus eſt, hæredi (ſi evicerit) neque nocere neque prodeſſe pleroſque exiſtimaſſe. quorum ſententia non eſt ſine ratione. Nam ut alteri paciſci non licet, ita nec alienæ rei. Non enim utile eſt pactum ad alias res aut perſonas, quàm quæ eo comprehenduntur, extendere. *L. Si unus.* 27. §. *Ante. de pact.* Verùm idem ipſe Paulus lib. 7. brevis edicti, *L. Si poſt.* 22. *de conſtit. pecu.* magis eſſe dicit, ut fideicommiſſario, cui reſtituta eſt hæreditas, vel ei qui evicit, decernenda pecuniæ conſtitutæ actio ſit. Equidem ſibi ipſi Paulum ita conciliare poſſem, ut uno loco aliorum ſententiam retulerit: altero verò ex ſua perſona reſponderit. Sed hæc ſolutio infirma eſt, nec ſatis I. C. digna. Conſtat autem inter pactum & conſtitutam pecuniam

cuniam, multum intereſſe. Nam in pactis ſolum factum id eſt, id de quo pacti ſunt conveneruntque illi, quorum de pactionis viribus agitur: jus autem nullum vertitur *L. Si unus. §. pactus ne pete. de pact.* & ideo ipſum factum ſervat Prætor: ſed in conſtitutæ actione pecuniæ, quam is ex ſua juriſdictione introduxit, jus verſatur, latiorque interpretatio requiritur. Nec tantum quod ſummo jure venit, ſed etiam, quod ex naturali æquitate potius eſt, obſervatur. Ideoque non temerè dixit I.C. *magis eſt* quaſi ſignificare voluerit, hoc propius ad actionis naturam accedere. Huic ſpeciei affinis eſt illa, quam Diocleт. & Maxim. in difficili reſcripto ad Dominam *L. Si actionem.* 24. *C. de pact.* tractant. *Si actionem*, inquiunt, *legati vel fideicommiſſi, quam adverſus hæredes quondam mariti tui habuiſti, te affectione hæredum aliis remiſiſſe probetur: exceptionem pacti, contra debitores inſtituenti actiones nocere tibi minimè poſſe intelligis.* Ex hoc placito communior interpre-

tum

tum ſentētia colligit, pactum cum quibuſdam hæredibus de non petendo factum, ad alios non pertinere. Quod rectè quidem, ſed ad ejus conſtitutionis interpretationem nō appoſitè dici poteſt. Alios qui *remiſiſſe* explicant, *commiſiſſe litem, qui eam perſequerentur*, prætereo. Nam remittere in ea ſignificatione nemo dixerit, qui Latinè loqui voluerit. Sunt qui comminiſcantur reſcripſiſſe Impp. in ea ſpecie, in qua, cùm maritus aliquid legaſſet uxori, & hæredes ejus vendidiſſent hæreditatem, ipſa hæredibus actionem, quam habebat contra eos, remiſit: tum adverſus emptores agere velit. Nec enim prohibetur. Sed multa ſunt in hac opinione abſurda. Primùm quòd de vendita hæreditate nullum ſit in toto reſcripto verbum. Deinde quod aliis dixerint Impp. quib. affectione hęredū uxor fideicommiſsi actionem remiſerat, nec aliter legi ipſa orationis diſpoſitio ferat. Equidem (ut quod ſentio explicem) ejus cōſtitutionis ſpeciem eſſe hujuſmodi arbitror.

bitror. Maritus aliquid uxori legati aut fideicōmiſsi nomine reliquit, ad quod illa perſequendum adverſus quoſcunque debitores actionem habet. Sed ſi hanc ipſa actionem aliis quàm hæredibus, & veris debitoribus, (qui tamen debitores exiſtimabantur) hæredum affectione, id eſt, cum hæredibus, quos illi fortè convenerant favere vellet, remiſerit, non excludetur pacti quod in perſonam conceptum eſt (nam convenit á certis perſonis ſe non petituram) exceptione, ſi contra veros debitores experiri velit. Atque ita *alios* extraneos interpretor, qui neque hæredes, neque debitores ſunt, & pactum cum eis factum ad alios non pertinere exiſtimo: quia hæredum favor in eo verſatur, qui ad eos extendi non debet, de quibus nullo modo cogitatum in paciſcendo fuerat. Eſt etiam non levis inter Paulum & Florentinum in hac quæſtione controverſia. Scribit n. ille *l. Si unus.* 27. § *pactus ne peteret. verſic. eadē. de pac.* prius pactū fidejuſſorib. de non petēdo factū, per

per poſteriꝰ elidi. Hic verò *L. fin. de pac.* ſemel acquiſitam fidejuſſori pacti exceptionem, ulterius invito extorqueri non poſſe ait: adeò ut per pactum poſterius, ei prioris utilitas tolli non poſſit. Communis interpretum error eſt, poſteriori pacto aſſenſiſſe fidejuſſorem. Sed recipi non poteſt clarum adeò cõmentum. Neque enim apud Paulum dicitur, ipſum conſenſiſſe, neque apud Florentinum eo invito factum poſterius pactum fuiſſe. Generaliter ſpecies proponitur, & ratio quam ipſe reddit, hoc tantùm ſignificat, non tolli prioris pacti utilitatem fidejuſſori, niſi iterum ipſe convenerit: non autem oportere eum contradicere paciſcenti reo probat. Ideoque alii ſubtiliores non requiri fidejuſſoris inviti diſſenſum, ut non teneatur, ſed ipſum non aliter ex poſteriori pacto fidejuſsiſſe, quàm ſi ei conſenſerit. quæ ſententia quamvis ſuis authoribus ut nova placeat, eadem tamẽ cum ſuperiori aut certè non multum diverſa videtur: iiſdemque rationibus

refelli

refelli poteſt. Quidam acutè Paulum ſic interpretati ſunt, ut qua ratione prius pactum à reo factum per poſterius eliditur, eadem fidejuſſori prioris exceptio tollatur, ſi poſtea de petendo cum eo creditor pactus ſit. Sed hæc quidem opinio ad Pauli ſententiam nullo modo accedit. Cùm enim prius dixiſſet pacti à reo facti exceptionem fidejuſſori prodeſſe, & uno eodemq; contextu prius pactum per poſterius tolli exceptione probaſſet: ſubjecit, eadem ratione contingere ne & fidejuſſoribus prius pactum proſit. Quibus verbis ſatis intelligitur I.C. de reorum fidejuſſoribus loqui. Præterea ſi ita paciſceretur fidejuſſor, pro reo accipiendus eſſet: & pactum cum eo factum, cum reo factum eſſe videretur. Noviſsimè quidam abſurdam, & I.C. inauditam opinionem prodiderunt, exiſtimantes ſi ante quàm ſciat fidejuſſor pactũ, quod reo factum eſt, paciſcatur debitor, ut à ſe petatur, prius pactum revocari, & tum ab eo, tùm à fidejuſſore peti poſſe,

quia nondum conſenſit, neque ratum habuit prius pactum. Equidem hoc cõmentum doctiſsimis adeò viris in mentem venire poſſe nunquam exiſtimaſſem, cùm ſtatim atque pactus eſt de non petendo reus, conventionis exceptionem quæri fidejuſſori ſcripſerint I. C. de ſcientia vel ignorantia illius tacentes. Poſtremò Paulum ita ex Florentini ſentẽtia interpretor, ut ille quidem nõ ſimpliciter fidejuſſoribus, prioris pacti exceptionem non prodeſſe dixerit, ſed eadem ratione qua poſterius pactum à reo factum, replicatione, prioris exceptionem tollit, contingere ne prioris utilitas fidejuſſoribus proſit. Quibus verbis ſignificat regulã, quod tradit non eſſe, verùm id contingere in fidejuſſoribus eadem ratione, qua in reis, cùm ea generalis ſit, & poſterioris pacti replicatio primam obligationem cui illi acceſſerat reſtituant. Voluit igitur Paulus oſtendere hanc eſſe poſterioris pacti vim, ut prius tollat, eamque rationem ad fidejuſſores etiam pertinere,

nere, ſi quando contingat ipſis poſterius pactum nocere. Florentinus autē generaliter ſcripſit prioris pacti exceptionem tolli fidejuſſoribus non poſſe. quia quæſita eis ſemel utilitas ipſis invitis extorqueri non poteſt. Quare generalem & pro regula quodammodo traditam Florentini deciſionem in primis ſequi debemus. Quod ſi exceptio aliqua inveniatur, eam Pauli ratione tueri oportet.

CONCILIATIO CAP. *7. de pact. & 40. Si cert. pet.*

CAP. IX.

PActa nuda quæ ſola & pura ſunt, nullam quæ ad cōtractum producendum valeat cauſam, ſed meram & ſimplicem conventionem habentia, non actionem, ſed exceptionem pariunt. Interdum tamen formant ipſam actionē, ut in bonæ fidei judiciis.

Solemus enim dicere pacta conventa ineſſe bonæ fidei judiciis. Ea verò inſunt quæ legem contractui dant, id eſt, quæ in ingreſſu contractus facta ſunt. Quæ Ulpiani verba quia difficultatem non levem habent, præterire non poſſum. Ea Duarenus noſter explicans, ingreſſum contractus initium interpretatur. Sed quàm rectè, oſtendit ſubtilis & acuta ejus ratio, qua evadere nititur, ne non verè ſenſiſſe videatur. Hãc enim particulam *id eſt* non definire in hoc loco, ſed paradigmaticam eſſe dicit. Verùm quo fuco ſuam palliat opinionem, defendi ea non poteſt. Nam pactum quod ineſſe dicitur, nunc ab initio factum, nũc in continenti adjectum, nunc ſubſequutum eſſe legitur. Ex quo ſatis conſtat, non tantùm in initio contractus, ſed in alia etiam parte, adeoque in fine quod fit pactum, in ingreſſu fieri: & I.C. particlam, *id eſt*, præcedentis verſiculi explicandi gratia adjeciſſe, quaſi dicere voluerit, ea contractibus ineſſe pacta, quæ legem cõtractui dant, vel

vel quæ formant cõtractum, id eſt, quæ in ingreſſu, ac continuè & ſine interruptione negotii quod cõtrahitur, fiunt. Ingreſſum enim non introitum, & gradiendi initium tantùm, ſed ipſum etiam greſſum ſignificare arbitror, ut egreſſui opponi quodammodo videatur. Atque ita uſurpari à Cicerone *Lib. 3. Off.* legimus. *Quod omnibus eſt ſciendum, qui vitam honeſtam ingredi cogitant*, id eſt, vitæ honeſtæ inceſſu progredi. Et alio loco. *lib. 1. de orator. Tantus enim curſus verborum fuit, & ſic evolavit oratio, ut ejus vim et incitationem aſpexerim, veſtigia ingreſſumq́ non viderim.* Ingreſſum, orationis progreſſum intellexit, non (ut exiſtimat Alciatus) ingreſsionem, cui contraria eſt digreſsio. Itaque ingreſſum contractus dici conſtat, cùm graditur, ambulat, incedit, & (ut uno verbo dicam) fit contractus, nec adhuc omnino abſolutus & perfectus eſt. Quod autem diximus pacta, bonæ fidei judiciis ineſſe, ſic eſt accipiendum, ut ſi quidem ex continenti ſub-

ſequuta ſint, etiam ex parte actoris inſint, actionemque informent: ſi ex intervallo, diſtinguatur, an ſint ex natura cõtractus, an verò extra ipſius ſubſtantiam, tantumque circa ejus adminicula verſentur. Illo enim caſu inerunt, hoc verò minimè, ut eleganter Papinianus & Ulpianus diſtinxerunt. *L. Iuriſgentium. de pact. l. Pacta. de contr. emp.* Ex parte verò rei ſemper inſunt & actionem quidem, quam ex contractu ipſo jure habet actor, ope exceptionis tollunt. Quod ſi pacta cõtractui legem & formam dent, multo magis ipſum reformant atq; renovant. Sed quæ ſit illa forma quam ex pacto accipit contractus, dubitant interpretes. Duarenus (quem iterum honoris, ut ipſius eruditio authoritaſque poſtulat, non contumeliæ cauſa nomino) ex pactione, quæ contractui ineſt, actionem præſcriptis verbis dari exiſtimat. Sed quám rectè, aliorum ſit judicium: nec enim de doctis tanti viri meique præceptoris opinionibus, meum eſt definire aliquidq; ſtatuere.

ſtatuere. Verius autem eſt ex pacto ipſo non dari actionem. Pactum enim, quod ineſſe contractui dicitur, eſt quædam ipſius pars, & quaſi conditio, quæ legem ac formam contractui dat. Et quod Maxim. Imp. *L. In bonæ fidei. C. de pact.* reſcribit, in bonæ fidei contractibus ex pacto actionem competere ſi in continenti fiat, eam interpretationem habet, ut ex pacto regulariter nulla detur actio. quod ſi contractui inſit, naſcatur quidem, non qua pactum eſt (ſua enim vi inefficax habetur) ſed qua vires habet à contractu, cui accedit cujuſque legem format, adeò ut ſi quando danda ſit ex eo actio, pacti conditiones prætoriæ formulæ adjiciantur. Quod enim ad actionis informationem, qua de hic agitur pertinet, id ſemper referendum mihi viſum eſt ad veterem judiciorum morem. Dans enim prætor actionem, judicemque, certa verborum conceptione totum agendi genus continebat, ut aliquando diximus, & alias etiam dicemus.

Sed & diſertè Pomponius *L. Tenetur. 6. de act. emp.* priori ex contractu, natam actionem remanere oſtendit, ut præſcriptis verbis actione (quæ tum demum competit cùm certum actionis nomen non invenitur, aut ita de ipſo dubitatur, ut commodius ſit conceptis in factum verbis actionem habere *L. 1. de præſ. ver. l. Qui ſervandarum. §. ult. eo. titu.*) opus non ſit: maximè cum certum ſit ex contractu (cujus συνάλλαγμα totam ſuam vim pacto tribuit) actionis nomen. Verùm facilè Duareno concederem præſcriptis verbis actionem competere poſſe, ſi certum adeò actionis nomen non inveniatur.

His ita explicatis videamus an idem in ſtrictis contractibus, quod in bonæ fidei dicendum ſit, cum neque Maxim. Imp. neque Ulpianus eorum meminerit. Paulus verò *L. Lecta. 40. ſi cert. pet.* tractatam in auditorio Aemilii Papiniani quæſtionem hanc ita fuiſſe, ut quamvis ex pacto ſtipulationi adjecto

non

non naſci actionem quidam exiſtimarint, contraria ſententia obtinuerit, quam ipſe aliis locis probavit, *L. Item quia. l. ſi unus. §. Sed ſi. de pact.* & Dioclet. & Maxim. ſequuti ſunt. *L. Petens. 27. C. de pact.* Præclarè (mea ſententia) Duarenus noſter Ulpianum hic de bonæ fidei tantùm judiciis, ſuam protuliſſe opinionem, de cæteris apertè nihil definiiſſe, ideoq; Paulo minimè adverſari ſcribit. Quamvis enim ſuſpicari aliquis poſsit Ulpianum fuiſſe, qui Paulo contradixerit, cum ſimul ambo Pap. aſſeſſores extiterint, vix tamen credendum eſt Tribonianum in Pand. diſſentientes adeò ſententias retuliſſe, cùm non timidè ac diffidenter (ut quidam nugatur) Paulus ſuam opinionem defenderit. Sed non deſunt quibus placeat pactum ſtipulationi adjectum, ei aliter non ineſſe, quam de ſi iis interponatur, quæ naturam & ſubſtantiam contractus reſpiciunt. verum illi falluntur. Nam in ſpecie de qua Paulus diſputat, de uſurarum obligatione agitur, quas

 quas

quas ex mutui(quod eſt ſtricti juris)natura deberi negat Africanus.*L. Titio.*24.*de præſc.verb.*Et licet in ſtipulationē deductæ eſſent,quia tamē ſortis obligatio ſola renovata erat, nec latè adeò ſtipulationis vim extēdi poſſe videbatur,qui Paulo contradicebant,renovatam non eſſe uſurarum obligationem exiſtimabant: ea ſola ratione (ut opinor) quia creditæ pecuniæ natura,uſurarum præſtationes,niſi ſpecialiter promiſſas non recipit atque ſtipulationis conditio ſtricta eſt. Sed nec verius eſſe arbitror, quòd nōnulli inter informare & reformare contractum diſtinguentes, Paulum de reformatione loqui exiſtimant. Commentitia enim eſt illa diſtinctio, & Ulpianus eandem vim eſſe pacti in renovando, atque ex parte mutando contractu, ac in ipſo informando ſcribit,doctè& ſubtiliter ex Pomponii ſententia diſputans. Imò ſi propius Pauli mentem perpenderimus, eum de informanda ſtipulatione potius,quam de reformanda agere intelligemus. Subje-

ctum

ctum enim ſtipulationi erat pactum, quod ei ineſſe dicit I. C. factum namque erat ante ejus perfectionem conſummationemve, atque in ipſo ſtipulationis inceſſu ingreſſuve (ut Ulpianus noſter loquitur) præterea tota ſtipulationis forma mutatur, dies quoq; (quē ſicuti ſummam partem eſſe ſtipulationis dicit Ulpianus *L.* 1. *de edendo*) ſortis uſurarumque præſtandarum obligatio renovatur, ita ut legem ſtipulationis formatam rectè quis dixeris. Denique I.C. indifferenter nunc informare, nūc mutare renovare, reformareve dicunt. Nam cùm pacto informatur cōtractus, prior ejus lex & forma mutari, renovari atque reformari quodammodo videtur. Itaque ex Pauli & aliorum I. C. ſententia pactum ſtipulationi ex continenti adjectum, ipſam informare reformareque arbitror. Quod ſi ex intervallo ſubſequatur, etiā ſi res ſit integra, illudq; de his quæ ſunt ſecundum naturā contractus, id eſt quæ etiā ſi non exprimantur inſunt tamen, interponatur: ſtipu-

ſtipulationem actionemque ex ea non informat. Ita enim diſertè inter bonæ fidei, & alium, id eſt ſtricti juris contractum ex Iuliani ſententia diſtinguit Ulpianus. *d. l. Iurisgen.* §. *adeo. in fin. Sed & cum duo* (inquit) *hæredes emptori extiterint, ſi venditor cum altero pactus ſit, ut ab emptione recederetur* (re ſcilicet integra: loquitur enim de reformando pro parte contractu) *ait Iulianus valere pactionem, & diſſolvi pro parte emptionem: quoniam ex alio,* id eſt ſtricti juris *contractu paciſcendo, alter ex hæredibus acquirere ſibi potuiſſet exceptionem.* Ita ſubtiliter argumentatur Ulpia. ſi ex ſtricti juris contractu detur exceptio, quæ ſi ex contractu agatur, ipſum pro parte elidet, alterumque ex hæredibus tuebitur: multo magis bonæ fidei contractus pro parte diſſolvetur, ipſoque jure ultra reliquam partem peti nihil poterit.

DE

DE TESTAMENTIS.

CAP. X.

Multæ ſunt graves & obſcuræ in teſtamentorũ tractatu quæſtiones, quarum præcipuas explicare ſtatui. Sed prius quid ſit teſtamentum, intelligendum eſt. Ulpianus noſter *L. 1. de Teſta.* illud voluntatis noſtræ juſtam ſententiam, de eo quod quis poſt mortem ſuam fieri velit definit. Iuſtam verò ſententiam interpretor, jure factam. Nam qui domi teſtantur, juris ſolennia debent obſervare. Qui verò in exercitu, ex militum privilegio de rebus ſuis ſine aliqua ſolennitate diſponunt, etiam jure teſtantur, juſtaque eorum ſententia, tanquam ex legis præcepto conſtituta dici poteſt. Sed & juſtum ſeu legitimum appellare ob id teſtamẽtum poſſumus, quòd in codicillis, in quibus etiam de rebus ſuis ſententiam ac voluntatem

tatem ſuam ſcribit teſtator, juris ſolennia minimè requirantur. quæ tamen ſi in teſtamento defuerint, illud non jure factum relinquunt. *L.1. de injuſt. rup. &c.* Verùm ſententiam, teſtatoris quoddam decretum, placitum, & ut in Ulpiani epitome *In frag. & l. Qui teſtamento. §. & veteres. de teſtament.* legitur, conteſtationem interpretari ſoleo. Dicitur enim ex eo teſtamentum, quòd teſtatio voluntatis, mentis animique noſtri ſit. *inſtit. de teſt.*

Prima quæ mihi occurrit in ſolennitate teſtamenti difficultas eſt de annulo ſignatorio. Quibuſdam enim placuit, non modò annulo, ſed quolibet alio ſigno & impreſſo ſignari poſſe teſtamentum: cùm tamen Ulpianus *L. Ad teſtium, 22. de teſtamen.* magis eſſe, ut tantùm annulo quis poſsit ſignare, dum tamē habeat characteres, ſcripſerit, et Iuſtinianus annuli tantùm meminerit. Equidem mihi perſuadere non poſſum, quid eos moverit, ut à I.C. & Imp. opinione diſsiderent. Rationes

tiones enim quibus ſuum probare cō-
mentum nituntur, contra ipſos faciunt.
Si enim teſtibus alieno annulo, vel et-
iam eo qui teſtatoris eſt, teſtamentum
ſignare liceat: non eſt eis permitten-
dum ut alio ſigno utantur: cum ipſis o-
mnibus unus annulus ſufficiat. Volue-
runt certè juris authores, veterem ſi-
gnandi morem obſervari, neque alio
impreſſo ſignari teſtamenta, quam eo,
cujus antiquiſsimus erat uſus. Nam
cùm ſignandi cauſa reperti ſint annuli,
ſculptaq; in eis cujuſque ſigna, his tan-
tùm uſos fuiſſe veteres, Plinius aliique
magni nominis viri teſtantur.

Sunt etiam multæ de adhibendis in
teſtamento teſtibus cōtroverſiæ. Nam
quòd à Iuſtiniano definitum eſt in ſuis
inſtitutionibus, *Titu. de teſtam. ordin.* fa-
cilem non habet interpretationem.
Teſtes (inquit) *adhiberi poſſunt ii, cum
quibus teſtamenti factio eſt. Sed neque
mulier, neque impubes, neque ſervus, ne-
que furioſus, neque mutus, neque ſur-
dus, neque is cui bonis interdictum eſt,*

neque

neque ii, quos leges jubent improbos inteſtabileſq́; eſſe: poſſunt in numerum teſtium adhiberi. Non videtur hæc commoda Iuſt. exceptio. Non enim omnes, qui à regula, quam ipſe tradit, excipiuntur, æquo jure cenſeri conſtat. ut quid ſit teſtamenti factio definire aptè quidem & ad hanc quæſtionem appoſitè vix poſsis. Nam ſi cum Cajo *l. Qui in poteſtate. l. Ejus. qui teſt. fac. poſſ.* teſtamenti factionem, teſtamenti faciendi jus interpretemur; aut mulier, quæ teſtandi facultatem habet, aut impubes & alii quibus teſtamenti factione interdictum eſt, non rectè excepti dicentur. Nam oportet exceptionem hanc interpretari, vel de iis, qui licet teſtamenti factionem habeant, teſtes tamen adhiberi nequeunt, vel qui teſtamenti factionem non habent. Quod ſi cum Pōponio *L. Filiusfa. Qui teſt. fac.* eos teſtamenti factionem habere intellexerimus, qui licet teſtamentum facere non poſsint, attamen ex teſtamento ſibi vel aliis acquirere poſſunt, defendi non poterit

terit communis Dd. error qui exiſtimant carminis famoſi damnatũ, quem Senatuſconſulto expreſſum eſt intestabilem eſſe, ex teſtamento capere nihil poſſe: cum tamen cæteri qui teſtes adhiberi non poſſunt ſibi vel aliis acquirant. hæc autem interpretatio ad Iuſt. ſententiã propius accedit, ut teſtamenti factionem habere dicantur illi qui vel teſtamenti faciendi facultatem habent, vel ſibi aut aliis acquirere ex teſtamento poſſunt. Nec enim vera eſt illa interpretum opinio. Et cum inteſtabilem eum, qui ob carmen famoſum damnatus eſt, dicit Ulpianus *L. Is cui. Qui teſtam. fac. poſſ.* interpretationem ſubjicit. *Ergo nec teſtamentum facere poterit, nec ad teſtamentum adhiberi teſtis*: non addit, *nec ex teſtamento capere.* Præterea in numerum teſtium adhiberi mulierem nõ poſſe omnes juris authores ſcripſerunt, quamvis aliàs teſtis eſſe poſſit. *Iuſtin. titu. de teſt. Ulpia. l. Qui teſtamento. §. Eum qui. Qui teſt. fac.* Hujus autem prohibitionis ratio quam inter-

pretes anxie quærunt, ea mihi eſſe videtur quia cùm non privati ſed publici juris ſit teſtamenti factio, *L. 3. Qui teſt. fac. poſſ.* publicis autem & ſolennitatem requirentibus mulieres adhiberi actibus nequeant: eas prætor teſtes noluit eſſe in teſtamento: & certè antiquum Romanę civitatis morem ipſum obſervaſſe exiſtimo. Nam nec ſolitum nec honeſtum fuit in his cœtibus mulieres intervenire in quibus teſtamentum vel in procinctu vel calatis comitiis fiebat.

Servus etiam teſtis eſſe non poteſt, quia juris civilis communionem nō habet in totum, ſed ne prætorii quidem edicti. *d §. Eum, qui.* Quod ſi eo tēpore quo teſtamentum ſignabatur, omnium cōſenſu liberi loco habitus ſit: rectè teſtis eſſe poterit. *L. 1. C. eo.* quamvis ſervus inveniatur cum ſigna recognoſcuntur. Nam teſtium conditionem tunc inſpici debere, quum ſignarent, non mortis tempore ſcribit Ulpia. *d. l. ad teſtium.* Et quod Adrianus ſcribit,

nec

nec quiſquam eis uſq; adhuc ſtatus controverſiam moverit, communem errorem non tuetur. De ea enim ſpecie conſultus in qua etiam poſt ſignatum teſtamentum nulla ſtatus ſervo mota erat controverſia, hanc clauſulam ut minor dubitatio eſſet adjecit, idem alioqui reſcripturus ſi poſt teſtamentum in ſervitutem peterentur teſtes: ut eleganter doctiſsimus I. C. Viglius probat.

Cæterùm filiusfamilias & alii qui ſunt in teſtatoris poteſtate, teſtamento adhiberi teſtes non poſſunt. reprobatur enim (ut ſcribit Iuſtinia.) in ea re domeſticum teſtimonium: ideoque teſtatoris frater non recipietur. Quamvis enim ipſius poteſtati non ſit obnoxius, eſt tamen ex eadem domo & familia: ut doctè & ſubtiliter oſtendit Duarenus noſter. nam mihi nunquã Theophili interpretatio placuit qui domeſticũ teſtimoniũ accipi οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ᾽ ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ὑπεξουσιότητος, id eſt nõ ex cõſanguinitate ſed ex unitate ſubjectionis ſcribit. verius n. eſt domeſticos

dici teſtes qui ex eadem domo & famlia producuntur. noſtram ſententiam confirmat Ulpianus. *d.l.Qui teſtamento*. cum enim ex Marcelli authoritate dixiſſet patrem ejus qui de caſtrenſi peculio poteſt teſtari, adhiberi ab eo ad teſtamentum teſtem poſſe: ſubjecit, *& frater ergo poterit*, oſtendens fratrem æquo jure cum eo cenſeri, qui teſtis alioqui non admitteretur. Unde á contrario colligi facilè poteſt, fratrem qui ei teſtamento accedit teſtis in quo juris ſolennia non requiruntur, aliis regulariter non adhiberi.

Scriptus quoque hæres in eo teſtamento in quo à teſtatore inſtituitur, teſtis eſſe non poteſt, quod & in legatario, & in eo qui tutor ſcriptus eſt, contrà habetur. Hujus diverſitatis rationem tradit Iuſtin. quia hoc totum negotium quod agitur teſtamenti ordinãdi gratia, creditur hodie interteſtatorem & hæredem agi. quamvis enim ex teſtamento lucrum ſentiat legatarius, videa-

videaturque in cauſa propria teſtimonium ſibi quodammodo dicere: tamē quia vis teſtamenti tota inter teſtatorem & hæredem verſatur; atque in teſtamentis ordinandis principale jus in hæredis inſtitutione poſitum eſt, ideo is cum juris ſit ſucceſſor, teſtis eſſe non poteſt: ad teſtamentum verò legatarius teſtis adhibetur, ut valeat hæredis inſtitutio: quæ ſi nulla eſſet, teſtamentum rumperetur, ſed firmo manente teſtamento jam non teſtis loco habetur legatarius, nec ex ſuo teſtimonio ſed ex teſtatoris ſententia quod ei relictum eſt accipit. Hæc ſi perpendiſſent interpretes, non ad vanas & inutiles, novas & I.C. inauditas rationes animū convertiſſent ſuum. Favor enim & ſingulare jus teſtamentorum aliud requireret, cùm mulier quæ aliàs teſtis eſſe poteſt, illis faciendis non adhibeatur, plus etiam aliquando legatarii ex teſtamento accipiunt quàm hæredes. Poſſunt quoque legatarii omnes teſtes eſſe, Sed nec ſcripturæ probatio magis

eſt pro ipſis legatarijs, cùm ſi nulla eſſet alia ratio, viderentur eâ in ſuam utilitatem ſcripturâ quam ſuo teſtimonio approbaverant uti. Præterea quamvis ſcriptum non ſit teſtamentum: verius tamen eſt quod quibuſdam contra vulgarem Dd. errorem placuit, legatarios etiam ad teſtimonium admitti. Nec enim Iuſtinia. nec ullus I. C. inter ſcriptum & nuncupativum teſtamentum diſtinguit. Sed eos ſtatuere idem in utroque voluiſſe probabilius eſt. Nam generalis eſt illa ratio quæ eos á teſtimonio dicendo rejici non permittit, quia ſcilicet non ſunt juris ſucceſſores, nec ſibi teſtimonium dicunt.

Supereſt in teſtamento formando non levis controverſia. Nam cùm uno contextu actionis teſtari oporteat, *L. Heredes.* 21. §. *uno contextu. qui teſtamen. fac.* ſitque uno contextu, nullum alienum actum teſtamento intermiſcere: vitiari teſtamentum poſſe videtur, ſi ei cõtractus intervenerit: cum tamen Ulpianus *l. Non eſt mirum. de pig.*

act. teſtamento quoque pignus conſti-tui poſſe ſcripſerit, atq; omnes fere interpretes intermiſtum teſtamento cõtractum valere exiſtiment. Equidem tanti hanc opinionem non feci, ut aliã explodendam eſſe arbitrer. diſertè enim juris authores alienum actum eſſe ſignificant, cum quid extra ſubſtantiam teſtamenti intervenit: adeò ut ejus cõtextus interrumpatur. Ita etiam unicum ſtipulationis contextum illos interpretari oſtendimus. Sed quid à teſtamento magis alienum eſt quam contractus? hic mutuum duorum pluriumve conſenſum, illud verò unius ſententiã requirit. Multum refert an quis ſe ipſum obliget, an verò ſuam volũtatem, de eo quod poſt mortẽ ſuam fieri velit declaret. Nam ſtatim ligat contractus, nec ullũ reſipiſcendi locum relinquit; verũ ad mortẽ uſq; teſtatoris voluntas ambulat. *l. Si pecuniã. de cond. ob cauſ. l. 4. de adimẽ. leg.* Quod a. Ulpia. ſcribit de pignore, noſtrã non infirmat ſententiam: alienam verò minimè juvat.

Nec enim pignus conſtituens teſtator, vel rem pignoris nomine tradens, ut ſecurior is ſit cui aliquid relinquit, extraneum actum immiſcet.

AN AD ALIVM *caſum producatur interpretatione teſtatoris voluntas.*

CAP. XI.

Commodiſſimè (inquit Pomponius *L. Commodiſſ. de liber. & poſth.*) *is qui nondum natus eſt, ita hæres inſtituitur, ſive vivo me, ſive mortuo natus fuerit, hæres eſto: aut etiam purè neutrius temporis habita mentione. Si alteruter caſus omiſſus fuerit: eo caſu quo omiſſus, natus rumpit teſtamentum, quia ne ſub conditione quidem ſcriptus hæres intelligitur: qui in hunc caſum naſcitur qui non eſt teſtamento comprehenſus.* Ex hoc Pomponii reſponſo vulgus interpretum colligit proviſionem in uno caſu factam, ad alium

lium omiſſum non produci. Sed eſt Iuſtiniani quædam conſtitutio quæ aliud ſtatuit. *L. ult. C. de poſthu. hæred. inſtit.* Veterum enim juris interpretum altercationes decidens ſancit mortis caſum continere etiam eum qui vivo teſtatore contingit, quanvis expreſſus non ſit. Unde videtur hanc Pomponii ſententiam de qua forte alii I.C. dubitabant, ſua deciſione emendare. Quod facilius reciperem quàm ridicula ſcholaſticorum ſomnia, qui faciunt næ intelligendo ut nihil intelligant. Sed penitius hanc quæſtionem perpendamus. Sũt qui exiſtiment in Iuſtiniani conſtitutione tempus adjectum diverſum jus inducere. Videtur enim voluiſſe teſtator omnes quicunque poſtea ſibi naſcerentur, eſſe hæredes: modò intra ſpatium duodecim menſium nati poſt mortem eſſent. Verùm hæc interpretatio recipi non poteſt. Nam Iuſtinianum hanc emiſiſſe conſtitutionem, ut de facto propoſito reſcriberet, atq; de decem menſium adjectione jus novum ſtatueret,

probabile non eſt: cùm ſit una de quinquaginta deciſionibus quas poſt primã Codicis editionem ſcripſit Lampadio & Oreſte CC. vel poſt eorum conſulatum ad decidendas I.C. ſententias. Quis autem eſt qui antiquam prudentum altercationem in eo tantùm poſitam fuiſſe exiſtimet, an tempus duodecim mēſium novum aliquod jus inducat? cùm ipſi non ignorarent adjici hanc clauſulam, ſi intra decem menſium ſpacium poſt mortem meam editus fuerit, hęres eſto, ex more à teſtatoribus ſolitam fuiſſe: ut etiam Gallus in ſua formula illam expreſſerit. Itaque exploſis aliorum opinionibus, quas doctè & ſubtiliter confutavit Carolus Ruinus, equidem ex Iuſtiniani conſtitutione Pomponium interpretor, trahens quodammodo legem poſteriorem ad priorem. Dixit generaliter Pomponius inſtitum in caſum vitæ aut mortis hæredem, in alterutro videri omiſſum. Sed hanc ſententiam reſtringit Iuſtinianus, ut mortis caſus alium comprehendat.

Cùm

Cùm enim quis teſtatur, de morte ſua potius quàm de vita cogitat, iſq; ſolus caſus ejus animo obverſatur, ſed ipſum de alio idem diſpoſiturum fuiſſe conſtat, ſi is in mentem ejus veniſſet. Sed & qui tempus mortis exprimit, includere totum ſpacium videtur, quod eſt à teſtamenti tempore uſq; ad mortem ſuam. Qui autem in vitæ tantùm ſuæ caſum teſtatur, de morte non cogitat: ut facilè non ſit illum caſum expreſſum ad hunc omiſſum extendere. Et certè tota hæc quæſtio ex interpretatione & conjectura mentis teſtatoris maximè pendet. Et hac quidem ratione ſi in aliis de quibus controverſia eſt locis, utamur, facilè ſine magna diſtinctione limitata noſtrorum Dd. verbis, legum diſcordias componemus. Nam quod Papinianus ſcribit, *L. Pater Severinam. de cond. & demonſtr.* ſi pater Severinam Proculam Aelio Philippo nuptiis teſtamento deſignaverit, eique ſi nupſerit, prædium reliquerit, aut ſi nubere noluerit, ipſi Philippo:

non-

nondum autem viripotens puella diem ſuum obierit: conditionem extitiſſe non videri: ex teſtatoris mente interpretationem habet. Nam (ut ipſe inquit) in conditionibus teſtatorum voluntatem potius quàm verba conſiderari oportet.

ENARRATIO CAP. 3. *Qui teſtamenta facere poſſunt. &c.*

CAP. XII.

T*Eſtamenti factio non privati* (inquit Ulpia.) *ſed publici juris eſt: ideoq; forma ejus privatorum pactis non læditur.* Certam jus civile faciendi teſtamenti formam præſcripſit, certis perſonis teſtandi facultatem cōceſsit, aliis denegavit. Et hoc quidem jus publicè ſtatutum & teſtantium voluntates conſervat, & omnem altercandi cauſam tollit; ut ſi ſolenniter factum

ctum non fuerit, teſtamẽtum injuſtum ſit. Si autem in eo juris ſolennia non defuerint, omnimodo valeat. Nam ſi cuique ſuo arbitrio qua vellet forma teſtamentum facere liceret: in infinitas altercationum confuſiones raperetur ſuprema teſtatoris voluntas. Præterea quotidie inter cives cùm novam quiſque formam excogitaret, eamque tueretur, tragœdiæ excitarentur. Quod autem dixerim jus Romanum ſolennitatem præſcripſiſſe, non eò pertinet, ut cui perſuadere velim faciẽdi teſtamenti originem ex Quiritum jure proficiſci. Nam memini aliàs probaſſe me, teſtamenta jure gentium introducta fuiſſe. Cùm ergo illa teſtamenti faciendi facultas nõ privatam alicujus, ſed publicam omnium civium cauſam reſpiciat, nõ poteſt pacto ejus forma mutari, nec qui teſtari prohibentur ex conventione admitti poſſunt. Unde filiusfam. quamvis ex conſenſu patris in cujus eſt poteſtate, mortis cauſa donare poſsit: *L. Tum is. 25. de do. cauſa mortis.*

teſtari

teſtari tamen prohibetur. Nec enim patris voluntas id filio permittere poteſt, quod ipſum jus denegat, atque expreſsè prohibet. Et patri quidem, filio donanti conſentire licet: ſolennium verò incapacem ſua poteſtate contra juris publici formam filiũ ſolenni adeò actui aptum reddere non permittitur.

DE SVBSTITVTIONIBVS.

CAP. XIII.

SUbſtitutionis latiſsimè patet appellatio. Nam res omnes quæ in aliarum locum ſubrogantur, ſubſtitui dicuntur, ut nõ ineptè fideicommiſſaria ſubſtitutio appelletur. Sed cùm de hæredis ſubſtitutione loquimur, alias omnes excludimus. Vis autem verbi hujus eſt ſubtus ſtatuere. Nam qui ſubſtituitur, ſecundo loco & gradu, atq; in ima (ut ait Suetonius) cera ſtatuitur. Verùm inſtituere ſignificat

ponere

ponere & collocare. Cicero ad Att. lib. 2. *Vectium judicem in roſtra produxit, eumq́; in templo illo inaugurato inſtituit: quo Bibulo aſpirare non liceret. Sic ille omnia quæ voluit de Repub. dixit, ut qui illuc factus inſtitutuſq́; veniſſet.* Eſt igitur ſubſtitutio hæredis poſt priorem inſtitutum collocatio atque ut eleganter Cajus *in inſtit.* ſcribit, Subſtitutio eſt hæredis ſecundo gradu, vel deinceps inſtitutio. Utraque definitio convenit. Nam ſubſtituti etiam inſtituti dicuntur, non à I. C. tantùm, ſed ab aliis qui de lingua Romana benemeriti ſũt. Sueto. in Auguſto. *Hæredes inſtituit primos* (ait) *Tiberium ex parte dimidia & ſextante. Liviam ex parte tertia, quos & ferre nomen ſuum juſſit: Secundos Druſum Tiberii filium ex triente, & ex partibus reliquis Germanicum: liberoſq́; ejus tres ſexus virilis. Tertio gradu propinquos amicoſq́; complures.* Itaq; nõ ſatis doctos eſſe illos conſtat, qui novas & ineptas ſubſtitutionis definitiones excogitant, hanc verò quæ ipſorũ eſt I. C. rejiciunt.

Dividi-

Dividitur autem in duo ſumma genera ſubſtitutio. Nam quædam eſt vulgaris quædam pupillaris. De militari nō meminit Digeſto.titulus, quia multa ſunt in ea privilegia, quæ ex jure faciendi teſtamenti militibus conceſſo pendent. Eſt & alia ſpecies, quam humanitatis intuitu Iuſtinianus ad exemplum pupillaris induxit: vulgus interpretum, barbarè exemplarem, eleganter quaſi pupillarem Duarenus appellare ſolet. hæc eſt ſumma & ſimplex diviſio. Multæ ſunt aliæ, quarum formæ cum illis tanquam oppoſitæ non contendunt, ſed ſeparatæ ſunt. Eſt enim quædam ſubſtitutio ſimplex, quædam duplex. Item alia expreſſa, alia tacita. Deinde quædam compendioſa, quædā non compendioſa. Quartò alia reciproca, alia non reciproca. Poſſunt denique colligi ex libris I. C. plures aliæ ſed de iis cùm dixero, parum in hac quæſtione relinquetur, quod interpretationem deſideret.

De vulgari ſubſtitutione ad cap. I.

HAEredis ſubſtitutio aut duplex eſt, aut ſimplex (inquit Modeſtinus) *Simplex eſt, veluti, Lucius Titius hæres eſto: ſi mihi Lucius Titius hæres non erit, tunc Cajus Sejus hæres eſto.* Cajus Sejus qui eſt ſecundus hæres, vulgariter ſubſtitutus dicitur. Omnium enim qui teſtari poſſunt communis eſt hæc ſubſtituendi forma, ut finiri hæc ſubſtitutio rectè poſsit, ſecundi hæredis vulgariter facta inſtitutio. Non eſt autem cum interpretibus errandum, qui ſimplicem ſubſtitutionem eſſe exiſtimant vulgarem. Nam & pupillaris quæ ſua tantùm forma concipitur, ſimplex dici poteſt. Et cùm duplicem eſſe ſignificet, eam Modeſtinus, in qua vulgaris pupillari jungitur, dicendum eſt (ni fallor) ſimplicem eſſe unam ab altera ſeparatam, & ſuis tantùm finibus contentam, nec me movet quòd potius vulgaris exemplũ attulerit I. C. Nam ipſum regulam (ut

Digitized by Google

vulgò dicitur) non reſtringit. Melius autem ex hoc Modeſtini reſponſo colligunt, primi hæredis debere inſtitutionem præcedere, ſi non ordine ſcripturæ, ex ſententia ſanè teſtatoris. Quomodo enim ſubſtituere poſſumus, niſi quis præcedat, in cujus locum, illum ſubrogemus? Ideoque Suetonius ſubſtitutos ſecundos hæredes in Iulio appellat. Et ſub hac quidem conditione ſi is qui inſtitutus eſt, hæres non erit, fieri & debet & ſolet vulgaris ſubſtitutio. Cujus conditionis eſt interpretatio, ſi ſibi vel alii ſuo nomine hęreditatem ex teſtamento nō adierit. *L. Cum proponas. C. de hæred. inſt.* Nam & ſervus domino, & filius patri illam quærit: ideoq; non prius ad ſubſtitutum pervenit hæreditas, quám ſi is qui primo gradu ſcriptus erat, eam nō adierit. Poſt aditam enim hæreditatem directæ ſubſtitutiones nō impuberibus filiis factæ expirare ſolēt. *L. Poſt aditam. C. de impu. & al. ſubſtit.* Quod adeò verum eſt, ut quamvis filius qui ſuus & neceſſarius eſt hæres, inſtitu-

inſtitutus ſit, cum eoq; videatur anteà continuata hæreditas, tamen ſi non agnoverit eam, ſubſtitutus admittatur: quoniam conditio ipſi neceſsitatem quodammodo tollit, eumque voluntarium reddit. *L. Si filius hæres. de liber. & poſthu.* Quamobrem hæc eſt hujus ſubſtitutionis conditio, ut exiſtat ſtatim atque non invenitur primo gradu inſtitutus, qui ex teſtamento acquirere hæreditatem velit, aut poſsit. quoquo enim modo primus hæres nõ adiit: ſubſtituti ſuo loco & ordine veniunt: adeo ut ſi is qui adierat, reſtitutus ſit, abſtinendique beneficium conſequutus ſit: utilitatis gratia & propter teſtatoris voluntatem admittantur, ſi neceſſarii fuerint. *l. ait Prætor. 7. §. Sed quod Papinianus. de minorib.* Nec enim idem de omnibus ſentio.

De pupillari ſubſtitutione, ad cap. 2.

QUi liberos impuberes habet in poteſtate, ipſis non tantùm communi

modo ſubſtituere, ſed etiam ſub ea cõditione ſi adhuc impuberes mortui fuerint, ſubſtituere poteſt. Et hoc quidem ſubſtitutionis genus pupillare dicitur, quod non lege aliqua inſtitutum eſt, ſed more quodam introductum. *Moribus* (inquit Ulpianus) *introductum eſt, ut quis liberis impuberibus teſtamentum facere poßit, donec maſculi ad quatuordecim annos perveniant, fæminæ ad duodecim. Quod ſic accipiẽdum eſt, ſi ſint in poteſtate. Cæterùm emancipatis non poſſumus, planè poſthumis poſſumus. Nepotibus etiam poſſumus, & deinceps, ſi qui non recaſuri ſunt in patris poteſtatem.* Ex his intelligitur quis pupillariter, & cui ſubſtituere poſsit. Is enim ſolus qui liberos in poteſtate habet, hoc modo ſubſtituit: ideoq; mater non poteſt. Sed videtur obſtare illud quod ſcribit Africanus. *L. Si mater. co. Si mater*, inquit, *ita teſtetur, ut filium impuberem cùm erit annorum quatuordecim, hæredem inſtituat: eiq; in pupillaribus tabulis, ſi ſibi hæres non erit, alium ſubſtituat, valet ſubſtitutio.* Equidem

quidem ſemper exiſtimavi obſcurum eſſe hoc reſponſum. quomodo enim dici pupillares tabulæ poſſunt, cùm in his non inſtituatur intra pubertatis tēpus, nec ſub ea conditione ſi impubes deceſſerit? Variè hunc locum explicāt interp. inter quos eſt quidam Politus, qui eum temerè voluit emendare, legens, *ſi pater*. Intelligendum autem arbitror hanc ſubſtitutionem pupillarem non eſſe, tum ex matris mente, tum ex ejus forma. Nam mater noluit filium ad hæreditatem venire, niſi cùm quatuordecim annorum eſſet: ultra quam ætatem nec etiam pater ita ei ſubſtituiſſet. Præterea ſi filius intra quatuordecim annos deceſſerit, quia ipſa non antè ex teſtamento hæreditatem adire poteſt, exiſtit ſubſtitutionis conditio, filioq; impuberi ſubſtitutus quodammodo ſuccedere videtur: unde hoc genus teſtamenti pupillares tabulas I. C. appellat. Nam pupillum hæredem inſtituit mater, & ei ſi ſibi hæres non erit, id eſt, ſi intra pubertatem deceſſerit

(nec enim prius hæres eſſe poteſt) alium ſubſtituit, quæ forma non multum à pupillaris ſubſtitutionis conceptione abeſt.

Diximus quis ſubſtituere poſsit: cui autem, videamus: & conſtat patrem filio impuberi, poſthumo, nepoti, cæteriſque qui ſic ſunt in ejus poteſtate, ut cùm moritur, nulli ſint qui eos in poteſtate retineant, ſubſtituere poſſe. Sed ſi inveniantur qui eos præcedant, ipſos inſtituere vel exhæredare oportet. Ita enim per legem Velleam ſuccedendo non rumpunt teſtamentum. Nam ſi principale ruptum ſit teſtamentum, & pupillare evanuit. pupillare enim teſtamentum pars & ſequela eſt paterni teſtamenti, ex eoque vim omnem & robur accipit. Itaque ſi nepoti præterito vel in patris poteſtatem recaſuro facta ſit ſubſtitutio, ea non valet. Nam principale teſtamentum in quo nepos omiſſus eſt, ſucceſsione atque agnatione infirmatur, vel ſubſtitutio evaneſcit, quia eſt filii qui in poteſtate nepotem

tem retinet, ipſi teſtamentum facere. Extraneo autem ita ſubſtituere non poteſt teſtator, niſi eum in locum nepotis adoptaverit, vel arrogaverit, & filius prædecedat. Pupillaris ſubſtitutionis hæc eſt forma, ut prius ſibi quis debeat hæredem ſcribere, deinde filio ſubſtituere. Igitur duo quodammodo facit teſtamenta: unum ſibi, alterum filio: nec enim ſoli filio poteſt, niſi quis dixerit unum eſſe teſtamentum, ſed duarum cauſarum, id eſt, duarum hæreditatum. Verum in hac quæſtione contrarius ſibi videtur I.C. ſcribit enim convertere ordinem ſcripturæ teſtatorē non debere, poſtea ſubjicit valere ſubſtitutionē hoc modo cōceptam, ſi filiꝰ meus intra decimumquartum annū deceſſerit, Sejus hæres eſto, & deinde filius hæres eſto. Atq; ita converſum eſſe ſcripturæ ordinem conſtat, mihi aliquando Petri Aurelianenſis D. diſtinctio placuit, ut ſcilicet cōverſus ex intervallo ſcripturæ ordo ſubſtitutionē vitiet: ſi verò uno cōtextu, & ſine tēporis intermiſsiōe

ea ſcripturæ converſio fiat, ſubſtitutio valeat. Hæc enim ſententia cæteris verior eſt, nec ulla ab interpretibus variè ſentiētibus excogitari probabilior potuit. Sed propius inſpiciens Ulpianum hanc non attigiſſe diſtinctionem intellexi. Ideoq́ue exiſtimavi ipſum Iuliani ſententiam, quia reſcripto imperatoris comprobata erat retuliſſe, eamq́; leviter probaſſe, ne contra ſui Imp. placitum ſcribere videretur. Sed quod poſtea adverſativè ſubjicit, ſatis indicat eum aliter ſenſiſſe. Particula enim *Sed* corrigit præcedentia: & ratio quam ille adfert, contrariam hanc ſuam opinionem confirmat. Itaque ea ſit definitio & regula. In diſpoſitione principalis ac pupillaris teſtamenti non ordo ſcripturæ, ſed ordo ſucceſsionis ſpectandus eſt.

De ſubſtitutione tacita, expreſſa: reciproca, & non reciproca, ad cap. 4.

EXpreſſa ſubſtitutio eſt quæ clarè & disertè à teſtatore fit: tacita, quæ ſub-

ſubintelligitur. Earum naturam ex Modeſtini reſponſo cognoſcemus. Sic enim ſcribit. *Iam hoc jure utimur ex divi Marci & Veri conſtitutione, ut cùm pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in utrunque caſum ſubſtituiſſe intelligatur, ſive filius hæres non extiterit, ſive extiterit, & impubes deceſſerit. Quod jus ad tertium quoq; genus ſubſtitutionis tractum eſſe videtur. Nam ſi pater duos filios impuberes inſtituat, eoſq; invicem ſubſtituat, in utrunque caſum reciprocam ſubſtitutionem factam videri divus Pius conſtituit.* Controverſiam aliquando in Centumvirali judicio, an ſubſtitutus poſthumo, ſub ea conditione, ſi intra pubertatis annos deceſſerit, admittatur, ſi poſthumum non naſci contigerit, eleganter tractat Cicero *Lib. 1. de Orat. & in orat. pro Cecin.* Qua in cauſa obtinuit Craſsi, teſtatoris voluntatem defendentis ſententia. Divus etiam Marcus & Verus in non diſsimili omnino ſpecie idem ſanxerunt. Nam ſi teſtator filio impuberi ſub ea conditione

ſubſtituat, ſi intra pubertatem hęres deceſſerit, vel ſi hæreditatem non quæſierit, Titius hæres eſto: eorum tantum caſuum unum exprimens, utrunque ex Impp. reſcripto intellexiſſe dicetur: ut ſi filius decedat impubes, patri & filio pupillariter ſubſtitutus ſuccedat. Quod ſi hæres non ſit, atque poſt pubertatem moriatur, vulgariter ſubſtitutus ad teſtatoris hæreditatē veniat. Et hæc quidem quæſtio voluntatis eſt. Verùm facilè conjicimus patrem, qui filio teſtamentum ut ſibi ipſi fecit, omnes caſus tacitè comprehendiſſe: ne quis eorum aut certè uterque inteſtatus decedat. Niſi apertè defuncti voluntas refragetur: cave ſubſtitutionis natura ſit, ut uterque caſus contineri nequeat, quemadmodum ſcribit Alexander Imperator. *L. Quamvis. C. de impub. & aliis ſubſtit.* Sed & ſi quis datus ſit alicui cohæres, eique ſubſtituatur ſub ea conditione alius, ſi ipſe natus ſit: hic qui vulgaris videtur caſus, ad pupillarem non extendetur, maximè ſi cohæres qui ſucce-

ſuccedere debet, aliqua teſtatori cognatione junctus, legitimusve hæres ſit. Cum enim teſtator cum poſthumo ſuo cohæredem fecerit, videtur noluiſſe legitima filii ſucceſsione ipſum excludere: ut nova ſua conſtitutione decidit Iuſtinianus, *L. fin. C. de inſtit. & ſubſtit.* quæ licet matrem tantùm reſpexiſſe videatur: generalem tamen deciſionem habet, ut in ſpecie propoſita (quã ad ſimiles extendi poſſe juris ratio permittit) ſubſtitutus excludatur. Itaque duo tacitæ ſubſtitutionis genera ex Marci & Veri conſtitutione profecta ſunt. Unum cùm vulgaris caſus pupillarem tacitè continet: Alterum cum pupillaris vulgarẽ. Et jus quod in his duobus verſatur, ad tertium quoq; ſubſtitutionis genus traxit Divus Pius. Unde conſtat tria ſubſtitutionis genera hîc tradi: & diſtinctam eſſe à vulgari & pupillari, ſpeciem reciprocam. Quod communi DD. turbæ facilè perſuaſum eſt. Sed alii ſubtiliores interpretes, tria hîc tradi à Modeſt. ſubſtitutionis

tacitæ

Digitized by Google

tacitæ genera, quorum tertiũ eſt, cùm reciproca ſubſtitutio utranque & vulgarem & pupillarem continet, exiſtimant: qui ſi perpendere velint, quod I. C. dicit ad tertium quoq; genus tractum eſſe videri hoc jus, quod in aliis duobus conſtitutum eſt: intelligent illum voluiſſe reciprocam ſubſtitutionem ab aliis duabus diſtinguere, & ad illam trahi ex Divi Pii cõſtitutione jus quod in his duabus jam definitum erat, tanquam ad aliam ſeparatamque formam dicere. Sed nec eorum probatur mihi ſententia, qui notam improprietatis verbo *videtur* ſignificari exiſtimant. Nam revera tractum eſt illud jus. Quod ſi tractum tantùm apparere dicamus: quid ex eo conſequetur, ut hoc tertium genus non ſit? cùm verbum illud *videtur* ad tractum referri debeat: ad genus autem non poſsit. Equidem Modeſtinum aliter interpretor, non enim is de ſubſtitutionum diviſione agit, ſed obiter tertium genus dixit, ſignificans illud à ſuperioribus duobus

non

non comprehendi, neque de eo à Divis Marco & Vero conſtitutum fuiſſe. Nemo enim ignorant reciprocam ſubſtitutionem eſſe qualitatē quandam, quæ nec vulgaris nec pupillaris naturam reſpicit: illamque ab his ſeparatam eſſe, nō ut ſpeciem oppoſitam, ſed ut aliam & tertiam quandam formam ſubſtitutionis, ſub eis minimè contentam arbitror. Ejus exemplum eſt apud Suetonium *in Tiber.* in teſtamento Tiberii Cæſaris, *Eo teſtamento*, inquit, *hæredes æquis partibus reliquit, Cajum ex Germanico, & Tiberium ex Druſo nepotes: ſubſtituitq́ invicem.* Et Ulpianus, Papinianus, aliique I. C. *L. Qui plures. L. Si plures. l. Cohæredi. l. Lucius Titius. eod.* ejus naturam præclarè explicant. Sed non omittendum eſt quod I. C. dixit verbum cōmune eſſe, ſubſtituo. Id enim licet facilè intelligi poſsit, à quibuſdam tamen contra I. C. opinionem explicatur. Ideo autem commune (mea ſententia) dicitur: quia tum vulgarem tum pupillarem ſubſtitutionem communiter conti-

continet: ut ſi ſimpliciter proferatur, facile non ſit ad unum potius, quàm ad alterum referre caſum.

Quando pupillaris ſubſtitutio expiret, & quid ſit illa quæ compendioſa dicitur. Ad cap. 7.

POſtquam decimumquartum annũ attigit filius hæres ſcriptus, ſperare amplius non poteſt ſubſtitutus. Iam enim ejus eſt ille ætatis, ut de rebus ſuis ſuo arbitrio diſponere poſsit. Sed ſi prius quàm ad eam pervenerit ætatem decedat, admittetur ſubſtitutꝰ: adeo ut ſi cum hæreditatem agnoviſſet impubes, reſtitutus ſit, veniat ille ex teſtamento, etiam ſi ſit extraneus. *L. Ex contractu.* 44. *de re judic.* In quo nonnihil inter pupillarem & vulgarem ſubſtitutionem intereſſe videtur. Solis ſenim neceſſariis perſonis hæc reſtitutio prodeſſe poteſt (ut diximus) quæ vulgariter ſubſtitutæ ſunt: *L. Ait Prætor. §. Sed quod Papinianus. de minor.*

ipſaſ-

ipſaſque ex teſtatoris ſententia, propter majus juris vinculum, non alias reſpicit. Verùm quia uſque ad decimumquartum annum pupillaris ſubſtitutio durat, nec aditione extinguitur, quiſquis ſit ille qui ſubſtitutus eſt admittitur. Expleta pubertate, verbis civilibus facta ſubſtitutio expirat, nec jure quidem fideicommiſsi valet: ut hîc diſertè Papinianus ſcribit. Verba autem civilia (quæ & legitima & directa appellantur *L. ult. C. de teſtam. tute.*) ea ſunt, quæ jure quodam, lege vel more civitatis Romanæ à teſtatoribus hæredes inſtituentibus, tanquam præſcripta atque concepta proferri ſolebant, directoque hæredem ſignificabant: ut ipſe non ex alterius manu ac precariò, ſed ex legis teſtatoriſque authoritate hæreditatem caperet. Et his verbis fruſtra poſt decimumquartum annum pupillaris ſubſtitutio fieret. Ejus enim natura eſt, ut poſt pubertatem conſiſtere non poſsit. *L. In pupillari. eodem.* Poteſt tamen precariis verbis teſtator

teſtator ab initio ita ſubſtituere, ut intra pubertatem directò, ea autem expleta in vim fideicommiſsi valeat ſubſtitutio: quæ dici fideicommiſſaria poteſt. *L. Cohæredi. hoc tit. l. Scævola. ad S. C. Trebell.* Hæc autem in vulgarem caſum fieri nequit. quî enim, ſi hæres non ſis, hęreditatē reſtituas? Eam ob cauſam imperator in inſtitutionib9 uno capite pupillarem & fideicommiſſariam conjunxit. Verùm ſpeciale militi jus tributum eſt, ut etiam ultra pubertatem ſubſtituere poſsit: idque vel expreſſa poſt pubertatem certa ætate, vel compendio, id eſt non definito & præſtituto tempore, ſed ſermonis compendio cōprehenſo: quemadmodum Diocl. & Max. impp. reſcripſerunt. *L. Precibus. C. de imp. & al. ſubſt.* quorum conſtitutionem lib. 1. enarravi. Et certè ut quod ſentio ingenue dicam, non poteſt dici compendioſa ſubſtitutio: nec etiam in Iuriſconſultorum libris legitur, nec in ipſorum Impp. reſcripto. Florentinus enim, Noricus, & alii vetuſti codices

qui

qui manuſcripti reperiuntur, non *compendioſa*, ſed *compendio* habent: idq́ue latini ſermonis lepos requirit. Præterea ſi quis adeò temerè veterem lectionem corrumpere velit: is certè invitus concedere cogetur compēdioſam ſubſtitutionem non diſtinctum genus eſſe, verùm expreſsæ opponi: ut non ineptè quis dixerit, illam ſub tacita cōtineri: ut duæ ſint tacitæ ſubſtitutionis formæ: una quæ ex mente teſtatoris colligitur, aut legis interpretatione inducitur: Altera quæ militaris teſtamēti propria eſt, ſermoniſq́ue compendio pupillariter concepta incertum tempus comprehendit.

De quaſi pupillari ſubſtitutione. Ad cap. 41.

DIximus parentes filiis impuberibus teſtamentum facere poſſe, quia illi propter ingenii imbecillitatem de rebus ſuis diſponere nequeunt. Ita enim ſi quis puberem filium in poteſtate habeat, qui vitio aliquo naturæ aut mor-

bo teſtari non poterat, à principe ut ei facere teſtamentum hæredemque ſubſtituere ſibi liceret, impetrabat. Et hoc quidem ſingulari quodam jure ac beneficio principali concedebatur. Poſtea novam Iuſtinianus conſtitutionem emiſit, *L. humanitatis. C. de impub. & al. ſubſt.* qua eam ſubſtituendi facultatem parentibus conceſsit: ut ipſos à principe beneficium illud impetrare non oporteat. Quamvis autem hoc ſubſtitutionis genus ad exēplum pupillaris introductum ſit: ei tamen non omninò convenit. Nam & mulier ita ſubſtituere poteſt: licet pupillariter nequeat. Dicit enim Iuſtinianus humanitatis intuitu hoc jus parenti qui vel quæ teſtatur, conceſſum eſſe. Conditio autem hujus ſubſtitutionis eſt, ſi is cui ſubſtituitur, eo vitio aut morbo liberatus ſit.

QVIS CONIVNCTOrum in jure accreſcendi præferatur.

CAP. XIIII.

Quàm

QUàm parum ſim innovādi cupidus, intelliget quiſque qui me veritatis quam gloriæ amantiorē eſſe cognoverit. Nec .n. à receptis opinionibus, niſi I.C. authoritate coactus recedo. Si quis igitur aliud ſcribere me, quā cæteri interpretes exiſtiment, miratus antea fuerit: nunc mirari deſinat, & nō opinionū authoritatē, ſed rationis gravitatē ponderet. Nam & in hac etiā quæſtione veram I.C. ſententiā ab interpretibus ſuo more exploſam reſtituere cogor. Itaq; rejectis ipſorū cōmentis, ad rem venio. Cōjuncti dicūtur illi qui mutuo quodā jure ita junguntur, ut unius loco habeātur. *l. Plane. de leg.* 1. Et conjunctio rerū aut perſonarū, cōnexio & unitas appellatur. Conjunctio autem in tria genera diducitur: quorum unum eſt, quod re tantum, alterum quod verbis, tertium quod re & verbis cōſtat. Eorū exempla ſunt. Titius & Sempronius hęredes ſunto. Sejus hęres eſto. Cajus & Męvius ex æquis partibus hæredes ſunto. Hi quidē omnes conjuncti ſunt, ſed propius illi.

qui in eadem re verbis junguntur *L. hujuſmodi* (*quæ ſic intelligi debet in* §. *Quibus ita*) *de lega* 1. quique in jure accreſcendi cæteris præferuntur: ut Titius & Sempronius. eos enim non rei tantum: ſed etiam orationis complexus colligat, quibus Sejum res ipſa. Cajum verò & Mævium inter ſe verba (quia in diſtinctis ſeparatiſque partibus inſtituti ſunt) conjungunt. Sed videndum eſt, ſi quis eorum decedat, quem cæteris potiorem eſſe I. C. ſentiant. Equidem ſi ita teſtator ſcripſerit, Titius & Sempronius hæredes ſunto. Sejus hæres eſto: atque unus ex conjunctis Sempronius ſcilicet deceſſerit, ſoli Titio defuncti partem accreſcere ex Iaboleni ſententia arbitror. *L. hæredes ſine partibus. de hær. inſtit.* Quod ſi ita dixerit: Sejus hæres eſto. Cajus & Mævius hæredes ſunto ex æquis partibus; atque ex his unus moriatur, non alteri ſoli partem accreſcere, ſed omnibus hæredibus pro hæreditariis portionibus, cū Pomponio *L. Si ita. de hæred. inſtit.* exiſtimo

iſtimo. Diverſitatis ratio eſt, quia in hac poſteriori ſpecie non tam conjunxiſſe, quam celerius dixiſſe videtur, id eſt quia teſtatoris ea mens & voluntas non fuit, ut Cajum & Mævium ſolos conjungeret: ſed eo verborum compendio uſus eſt, ut celerius diceret. Ideoq́ue Iabolenus dixit *hæredes ſine partibus*, diſertè oſtendens aliud ſtatuendum ſi ex partibus hæredes inſtituãtur. Denique ſi tres illas conjunctorum ſpecies teſtator (ut propoſuimus) ſcripſerit: mihi placet Pauli reſponſum, *L. Re conjuncti. de legat.* 3. ut re ac verbis cõjunctus cæteris præferatur, ipſiq́ue ſoli pars ejus cum quo junctus eſt, deficiens accreſcat. Sed ſi teſtatorem ita inſtituiſſe dicamus, Titius & Sempronius hæredes ſunto. Sejus hæres eſto. Tullius hæres eſto. Cajus & Mævius ex æquis partib. hæredes ſunto: ut Sejus & Tullius re tantum cõjuncti ſint, atq; ex his decedat Sejus, Ego Paulum ſenſiſſe arbitror ut re tantùm conjunctus, re & verbis conjuncto potior non ſit: verbis

Non ignoro tamen à Iuſtinia. §. *Conjunctim. Inſtit. de legat.* diſiunctos dici, re tantùm conjunctos: quod mirum videri non debet: cum iis ipſe re & verbis conjunctos opponat: quorum ratione diſiūcti ſunt reliqui omnes. Non ſunt verò ad exactam quandam rationem referenda, quæ in inſtitutionibus traduntur omnia. Satis enim fuit Triboniano, qui eas compoſuit, juris elementa breviter exponere. Huc pertinet quod Modeſtinus *L. Mævio, 41. de leg. 2.* in hac ſpecie reſpondit. *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego. Eundem fundum Titio lego. Si Sejus deceſſerit, pars ejus* (inquit) *utriq; adcreſcit: quia cùm ſeparatim & partes fundi & totus legatus ſit: neceſſe eſt, ut ea pars quæ ceſſat de portione legati, cuiq; eorum quibus fundus ſeparatim legatus eſt, adcreſcat.* Mævium autem & Sejum verbis conjunctos eſſe, quamvis particula & à teſtatore omiſſa ſit, conſtat. Nam hos (ut ſcribit Paulus *L. Triplici. 142. de verb. ſig.*) *&, que, cum,* articulos etiam

etiam ſi detrahas: interdum tamen conjunctos accipi oportet. Sed Modeſtinus eis ſeparatim legatum eſſe dicit: ut intelligamus verbo factam conjunctionem, non tam conjungere, quàm verborum compendio duos pluresve legatarios aut hæredes complecti, qui ipſi aliorum ratione diſiuncti ſunt. Sciendum autem eſt, eos ſæpius dici ab interpretibus conjunctos: ut in illa ſpecie quam Iulianus *L. hujuſmodi legatũ.* 84. §. *Quibus. de leg.* 1. proponit. *Quibus ita legatum fuerit, Titio & Mævio ſingulos ſervos do lego, conſtat non concurſuros in eundem ſervum: ſicuti non concurrunt cum ita legatur: Titio ſervum do lego, Mævio alterum ſervum do lego.* Quibus verbis oſtendit I. C. nullam hac conceptione factam à teſtatore conjunctionem. Verbis enim conjuncti non dicuntur illi quibus res diverſæ legatæ ſunt: etiam ſi ipſos eodem verbo complexus ſit teſtator: non magis quàm ſi ſingulas res diverſa oratione legaverit. Non tamen in re illos conjunctos eſſe

Non ignoro tamen à Iuſtinia. §. *Conjunctim. Inſtit. de legat.* diſiunctos dici, re tantùm conjunctos: quod mirum videri non debet: cum iis ipſe re & verbis conjunctos opponat: quorum ratione diſiūcti ſunt reliqui omnes. Non ſunt verò ad exactam quandam rationem referenda, quæ in inſtitutionibus traduntur omnia. Satis enim fuit Triboniano, qui eas compoſuit, juris elementa breviter exponere. Huc pertinet quod Modeſtinus *L. Mævio, 41. de leg. 2.* in hac ſpecie reſpondit. *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego. Eundem fundum Titio lego. Si Sejus deceſſerit, pars ejus* (inquit) *utriq; adcreſcit: quia cùm ſeparatim & partes fundi & totus legatus ſit: neceſſe eſt, ut ea pars quæ ceſſat de portione legati, cuiq; eorum quibus fundus ſeparatim legatus eſt, adcreſcat.* Mævium autem & Sejum verbis conjunctos eſſe, quamvis particula & à teſtatore omiſſa ſit, conſtat. Nam hos (ut ſcribit Paulus *L. Triplici. 142. de verb. ſig.*) *&, que, cum,* articulos

etiam

etiam ſi detrahas: interdum tamen conjunctos accipi oportet. Sed Modeſtinus eis ſeparatim legatum eſſe dicit: ut intelligamus verbo factam conjunctionem, non tam conjungere, quàm verborum compendio duos pluresve legatarios aut hæredes complecti, qui ipſi aliorum ratione diſiuncti ſunt. Sciendum autem eſt, eos ſæpius dici ab interpretibus conjunctos: ut in illa ſpecie quam Iulianus *L. hujuſmodi legatũ.* 84. §. *Quibus. de leg.* 1. proponit. *Quibus ita legatum fuerit, Titio & Mævio ſingulos ſervos do lego, conſtat non concurſuros in eundem ſervum: ſicuti non concurrunt cum ita legatur: Titio ſervum do lego, Mævio alterum ſervum do lego.* Quibus verbis oſtendit I. C. nullam hac conceptione factam à teſtatore conjunctionem. Verbis enim conjuncti non dicuntur illi quibus res diverſæ legatæ ſunt: etiam ſi ipſos eodem verbo complexus ſit teſtator: non magis quàm ſi ſingulas res diverſa oratione legaverit. Non tamen in re illos conjunctos eſſe

Non ignoro tamen à Iuſtinia. §. *Conjunctim. Inſtit. de legat.* diſiunctos dici, re tantùm conjunctos: quod mirum videri non debet: cum iis ipſe re & verbis conjunctos opponat: quorum ratione diſiūcti ſunt reliqui omnes. Non ſunt verò ad exactam quandam rationem referenda, quæ in inſtitutionibus traduntur omnia. Satis enim fuit Triboniano, qui eas compoſuit, juris elementa breviter exponere. Huc pertinet quod Modeſtinus *L. Mævio, 41. de leg.* 2. in hac ſpecie reſpondit. *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego. Eundem fundum Titio lego. Si Sejus deceſſerit, pars ejus* (inquit) *utriq; adcreſcit: quia cùm ſeparatim & partes fundi & totus legatus ſit: neceſſe eſt, ut ea pars quæ ceſſat de portione legati, cuiq; eorum quibus fundus ſeparatim legatus eſt, adcreſcat.* Mævium autem & Sejum verbis conjunctos eſſe, quamvis particula & à teſtatore omiſſa ſit, conſtat. Nam hos (ut ſcribit Paulus *L. Triplici. 142. de verb. ſig.*) *&, que, cum*, articulos etiam

etiam ſi detrahas: interdum tamen conjunctos accipi oportet. Sed Modeſtinus eis ſeparatim legatum eſſe dicit: ut intelligamus verbo factam conjunctionem, non tam conjungere, quàm verborum compendio duos pluresve legatarios aut hæredes complecti, qui ipſi aliorum ratione disjuncti ſunt. Sciendum autem eſt, eos ſæpius dici ab interpretibus conjunctos: ut in illa ſpecie quam Iulianus *L. hujuſmodi legatū.* 84. §. *Quibus. de leg.* 1. proponit. *Quibus ita legatum fuerit, Titio & Mævio ſingulos ſervos do lego, conſtat non concurſuros in eundem ſervum: ſicuti non concurrunt cum ita legatur: Titio ſervum do lego, Mævio alterum ſervum do lego.* Quibus verbis oſtendit I. C. nullam hac conceptione factam à teſtatore conjunctionem. Verbis enim conjuncti non dicuntur illi quibus res diverſæ legatæ ſunt: etiam ſi ipſos eodem verbo complexus ſit teſtator: non magis quàm ſi ſingulas res diverſa oratione legaverit. Non tamen in re illos conjunctos eſſe

Non ignoro tamen à Iuſtinia. §. *Conjunctim. Inſtit. de legat.* diſiunctos dici, re tantùm conjunctos: quod mirum videri non debet: cum iis ipſe re & verbis conjunctos opponat: quorum ratione diſiūcti ſunt reliqui omnes. Non ſunt verò ad exactam quandam rationem referenda, quæ in inſtitutionibus traduntur omnia. Satis enim fuit Triboniano, qui eas compoſuit, juris elementa breviter exponere. Huc pertinet quod Modeſtinus *L. Mævio, 41. de leg. 2.* in hac ſpecie reſpondit. *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego. Eundem fundum Titio lego. Si Sejus deceſſerit, pars ejus* (inquit) *utriq; adcreſcit: quia cùm ſeparatim & partes fundi & totus legatus ſit: neceſſe eſt, ut ea pars quæ ceſſat de portione legati, cuiq; eorum quibus fundus ſeparatim legatus eſt, adcreſcat.* Mævium autem & Sejum verbis conjunctos eſſe, quamvis particula & à teſtatore omiſſa ſit, conſtat. Nam hos (ut ſcribit Paulus *L. Triplici. 142. de verb. ſig.*) *&, que, cum,* articulos

etiam

etiam ſi detrahas: interdum tamen conjunctos accipi oportet. Sed Modeſtinus eis ſeparatim legatum eſſe dicit: ut intelligamus verbo factam conjunctionem, non tam conjungere, quàm verborum compendio duos pluresve legatarios aut hæredes complecti, qui ipſi aliorum ratione diſiuncti ſunt. Sciendum autem eſt, eos ſæpius dici ab interpretibus conjunctos: ut in illa ſpecie quam Iulianus *L. hujuſmodi legatũ.* 84. §. *Quibus. de leg.* 1. proponit. *Quibus ita legatum fuerit, Titio & Mævio ſingulos ſervos do lego, conſtat non concurſuros in eundem ſervum: ſicuti non concurrunt cum ita legatur: Titio ſervum do lego, Mævio alterum ſervum do lego.* Quibus verbis oſtendit I. C. nullam hac conceptione factam à teſtatore conjunctionem. Verbis enim conjuncti non dicuntur illi quibus res diverſæ legatæ ſunt: etiam ſi ipſos eodem verbo complexus ſit teſtator: non magis quàm ſi ſingulas res diverſa oratione legaverit. Non tamen in re illos conjunctos eſſe

qui in eadem re verbis junguntur *L. hujuſmodi* (*quæ ſic intelligi debet in §. Quibus ita*) *de lega* 1. quique in jure accreſcendi cæteris præferuntur: ut Titius & Sempronius. eos enim non rei tantum: ſed etiam orationis complexus colligat, quibus Sejum res ipſa. Cajum verò & Mævium inter ſe verba (quia in diſtinctis ſeparatiſque partibus inſtituti ſunt) conjungunt. Sed videndum eſt, ſi quis eorum decedat, quem cæteris potiorem eſſe I. C. ſentiant. Equidem ſi ita teſtator ſcripſerit, Titius & Sempronius hæredes ſunto. Sejus hæres eſto: atque unus ex conjunctis Sempronius ſcilicet deceſſerit, ſoli Titio defuncti partem accreſcere ex Iaboleni ſententia arbitror. *L. hæredes ſine partibus. de hær. inſtit.* Quod ſi ita dixerit: Sejus hæres eſto. Cajus & Mævius hæredes ſunto ex æquis partibus: atque ex his unus moriatur, non alteri ſoli partem accreſcere, ſed omnibus hæredibus pro hæreditariis portionibus, cū Pomponio *L. Si ita. de hæred. inſtit.* exiſtimo

iſtimo. Diverſitatis ratio eſt, quia in hac poſteriori ſpecie non tam conjunxiſſe, quam celerius dixiſſe videtur, id eſt quia teſtatoris ea mens & voluntas non fuit, ut Cajum & Mævium ſolos conjungeret: ſed eo verborum compendio uſus eſt, ut celerius diceret. Ideoque Iabolenus dixit *hæredes ſine partibus*, diſertè oſtendens aliud ſtatuendum ſi ex partibus hæredes inſtituãtur. Denique ſi tres illas conjunctorum ſpecies teſtator (ut propoſuimus) ſcripſerit: mihi placet Pauli reſponſum, *L. Re conjuncti. de legat.* 3. ut re ac verbis cõjunctus cæteris præferatur, ipſique ſoli pars ejus cum quo junctus eſt, deficiens accreſcat. Sed ſi teſtatorem ita inſtituiſſe dicamus, Titius & Sempronius hæredes ſunto. Sejus hæres eſto. Tullius hæres eſto. Cajus & Mævius ex æquis partib. hæredes ſunto: ut Sejus & Tullius re tantum cõjuncti ſint, atq; ex his decedat Sejus, Ego Paulum ſenſiſſe arbitror ut re tantùm conjunctus, re & verbis conjuncto potior non ſit: verbis

autem conjuncto præferatur. Sic enim ait, *Quod ſi re tantùm conjunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem*, nempe re & verbis conjuncto. *Si verò verbis quidem cõjunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt, an cõjunctus potior ſit*, re ſcilicet. (Nam de eo qui re & verbis conjunctus eſt, nõ dubitabatur: cum id prius definiiſſet I.C. Sed nec cõtextus ipſe permittit ut verbis duntaxat cõjunctus intelligatur. Ineptum enim & ridiculũ eſſet quærere, an quis ſibi ipſi præferatur) *Et magis eſt* (inquit Paulus) *ut ipſe præferatur*. Hujus autẽ ſententiæ ratio eſt, quia cum teſtator certas, nominatimq; expreſſas, verbo conjunctis, partes dederit: ad alias, ipſos admittẽdos non eſſe, ejus mens & volũtas, quæ in teſtamẽtis maximè dominatur, oſtendit. Neq; obſtat quod ex Põponio retulimus in hac ſpecie. Sejus hæres eſto. Cajus & Męvius ex æquis partibus hęredes ſunto. ſiquis ex his decedat, ipſius partẽ non alteri ſoli, ſed utrique accreſcere. Nam id eò pertinet, ut cum oratione tantum conjunctis, re conjunctum concurrere intelligamus.

Sed an ſi plures rei conjunctione inſti-tuantur, ex iiſque unus decedat, verbis cõjuncti unà cum cęteris ad partem deficientem admittantur, non eſt à Pomponio definitũ: ſed hîc à Paulo noſtro elegãter explicatur. Ideoq; ſi quem ex verbis conjunctis, decedere contingat, omnes in ejus partem concurrent. Et hoc eſt quod Iuſtinianus deciſione ſua, quæ eſt de caducis tollendis, reſcribit *L. Vnic.§. Sin autem ex his.C.de cadu. toll.* Quos enim diſiunctos appellat: eos verbis conjunctos dici arbitror. Sic namq; ait. *Hæc ita tam variè, quia conjuncti quidem propter unitatem ſermonis*, (id eſt orationis complexum, qui ſic ipſos conjungit, ut in eadem re inſtituti ſint) *quaſi in unum corpus reducuntur, & partem conjunctorum ſibi hæredum, quaſi ſuam præoccupant. Diſiuncti verò ab ipſo teſtatoris ſermone, apertiſſimè ſunt diſcreti*, id eſt teſtatoris verbis, qui certas ipſos partes habere voluit, ab aliis, atq; invicem diſtincti ſeparatiq;: ut id tantùm eos conjungat, quòd ipſos eodẽ verbo complexus ſit teſtator.

 Non

Non ignoro tamen à Iuſtinia. §. *Conjunctim. Inſtit. de legat.* diſiunctos dici, re tantùm conjunctos: quod mirum videri non debet: cum iis ipſe re & verbis conjunctos opponat: quorum ratione diſiūcti ſunt reliqui omnes. Non ſunt verò ad exactam quandam rationem referenda, quæ in inſtitutionibus traduntur omnia. Satis enim fuit Triboniano, qui eas compoſuit, juris elementa breviter exponere. Huc pertinet quod Modeſtinus *L. Mævio, 41. de leg. 2.* in hac ſpecie reſpondit. *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego. Eundem fundum Titio lego. Si Sejus deceſſerit, pars ejus* (inquit) *utriq; adcreſcit: quia cùm ſeparatim & partes fundi & totus legatus ſit: neceſſe eſt, ut ea pars quæ ceſſat de portione legati, cuiq; eorum quibus fundus ſeparatim legatus eſt, adcreſcat.* Mævium autem & Sejum verbis conjunctos eſſe, quamvis particula & à teſtatore omiſſa ſit, conſtat. Nam hos (ut ſcribit Paulus *L. Triplici. 142, de verb. ſig.*) *&, que, cum,* articulos etiam

etiam ſi detrahas; interdum tamen conjunctos accipi oportet. Sed Modeſtinus eis ſeparatim legatum eſſe dicit: ut intelligamus verbo factam conjunctionem, non tam conjungere, quàm verborum compendio duos pluresve legatarios aut hæredes complecti, qui ipſi aliorum ratione diſiuncti ſunt. Sciendum autem eſt, eos ſæpius dici ab interpretibus conjunctos: ut in illa ſpecie quam Iulianus *L. hujuſmodi legatũ.* 84. §. *Quibus. de leg.* 1. proponit. *Quibus ita legatum fuerit, Titio & Mævio ſingulos ſervos do lego, conſtat non concurſuros in eundem ſervum: ſicuti non concurrunt cum ita legatur: Titio ſervum do lego, Mævio alterum ſervum do lego.* Quibus verbis oſtendit I. C. nullam hac conceptione factam à teſtatore conjunctionem. Verbis enim conjuncti non dicuntur illi quibus res diverſæ legatæ ſunt; etiam ſi ipſos eodem verbo complexus ſit teſtator: non magis quàm ſi ſingulas res diverſa oratione legaverit. Non tamen in re illos conjunctos eſſe

 arbi-

arbitror: cum partes diſtinctas ab initio habeant: & ſi re aliquo modo jungerentur, æquales re & verbo conjunctis dicerentur. Quod ſi fateamur, tertium conjunctorum genus, ut ſuperfluum rejiciamus, atque ita temerè à I. C. ſententiis recedamus oportet. Poſtremo ſi quis eorum, qui conjũctim inſtituti non ſunt, hæres non eſt: pars ejus omnibus pro portionibus hæreditariis adcreſcit, ut à Celſo & Iuſtiniano ſcribitur. *L. Si liber homo. 59. §. Cum quis. de hæred. inſt. d. l. unic. C. de cad. toll.*

CONCILIATIO DVOrum capitum ſub titu. de condict. indeb.

CAP. XV.

DOctiſsimorum juris interpretum ingenia, Pōponii & Pauli I. C. ſententiæ, quæ pugnare ex diametro videntur, excoluerũt. Sed meum non eſt inter eos tantas dirimere lites. Itaque nullius authoritati addictus

dictus, quid ſentiam, breviter exponam. Generaliter definit Paulus *L. Repetitio.* nullam eſſe ab eo repetitionem qui ſuum recepit: tametſi ab alio, quam à vero debitore, ſolutum eſt. Pomponius autem, *L. Si pœna. Quamvis debitum* (inquit) *ſibi quis recipiat: tamen ſi is qui dat, non debitum dat, repetitio competit: veluti ſi is qui hæredem ſe vel bonorum poſſeſſorem falſo exiſtimans, creditori hæreditario ſolverit. Hic enim neque verus hæres liberatus erit: & is quod dedit, repetere poterit.* Mihi duo illa reſponſa, de debito intelligenda eſſe videntur. Et ſuum recepiſſe eum, qui ſibi debitum accepit, apud Paulum dici placet: quamvis P. Stella contrariam interpretationem ſequutus, ſic ea capita conciliet. Debitoris enim nomen ſatis oſtendit, id ſuum appellari, quod ſibi debetur. Sed nec verior eſt illa diſtinctio, an ſuo, an verò alieno nomine ſolvat, ut ab interpretibus traditur. In utroque enim loco, ſibi debitum recepiſſe creditorem dicitur,

ſed

ſed ab eo qui non debebat: nec diſtinguitur an ſuo nomine debitor falſo exiſtimans ſe obligatum, an verò creditoris veri cauſa, tanquam ipſius negotium agens ſolverit. Equidem arbitror ſi quis errore facti ſolvat quod nullo modo debet, ſed teneri ſe falſò exiſtimat, repetere quod dedit poſſe. Verùm ſi ſit non quidem verus ille debitor, qui ſeſe obligavit, ſed utcunque debitor, nempe (exempli gratia) qui principali debitori tenebatur, & debitum ſolverit, neque ei, neque vero debitori dabitur à creditore repetitio, qui ſuum recepit. Atque ita *alium* interpretor, quemcunque alium debitorem, quàm eum qui principaliter obligatus eſt. Sic enim rectè ſuum creditor recepiſſe dicitur: tanquam ſi à debitore ſuo per obligatam ei perſonam, quæ ipſius quodammodo negotium gerit, accepiſſet.

CONCI-

CONCILIATIO CAP. 7. D. *Solut matr. cum nova Iuſtiniani conſtitutione C. de rei uxoriæ actione, &c.*

CAP. XVI.

O*B donationes* (inquit Ulpianus *L. Fructus. ſolut. matri.*) *item ob res amotas ex his fructibus, qui poſt diuortiū percepti ſunt, compenſationes fieri poſſunt.* Et Paulus *L. rei judicatæ. eo. tit. Hæredi mariti* (ait) *licet in ſolidum condemnetur, compenſationes tamen, quæ ad pecuniariam cauſam reſpiciunt, proderūt, ut hoc minus ſit obligatus: veluti ob res donatas, & amotas, & impenſas. Morum verò coercitionem non habet.* Sed Ulpiano & Paulo, aliiſque veteribus jureconſultis minus conſentire videtur Iuſtin. *Titu. C. Iuſtinia. de rei uxoriæ actione in ex ſtipulatu actionem transfuſa, & de natura dotibus præſtita.* Sic enim ipſe in quadam conſtitutione ad populum urbis

bis Conſtantinopolitanæ, & ad univerſos provinciales reſcribit. *Taceat in ea retentionum verboſitas. quid enim opus eſt inducere ob mores retentionem, alio auxilio ex conſtitutionibus introducto?* Sed nec retentionem ob res donatas, ob amotas, ob liberos, ob impenſas neceſſariam eſſe ſtatuit, & ut uno verbo dicam (nec enim totam ejus conſtitutionem referre oportet) retentionem dotis tollit. Sunt qui inter compenſationem & retentionem intereſſe exiſtiment. verum illi, meo judicio, quid ſit compenſare non intelligunt. Nam cùm dos à viro petitur, ſi eam velit is retinere, aut ex ea aliquid minuere, ut compenſet quod ſibi à muliere debetur, utrum potius compenſare, quám retinere dicatur? Compenſat quidem, quia debitum & creditum contribuit: retinet etiam. Præterea quæ ratio diverſitatis inter compenſationem & retentionem reddi poteſt? *I. C. retentionis et compenſationis nominibus indifferenter utuntur. l. 4. & l. ob negotium. de cõpenſat. l. 1.*

l.1.C.rer.amot. l.dote.de dote præleg. & *Vlpia.in fragmentis retentionē dixit.* Equidem Iuſtiniani reſcriptum juri in Pand. relato derogare aliquando exiſtimavi. Renovatus enim, atq; ſecundò editus eſt Codex, & in eo multa adjecta, multaq́; detracta ac emendata, aliter quàm in illo ſcripta erant, qui ante Pandect. emiſſus fuerat juſq́; antiquum ſępe correctū fuiſſe ſuis deciſionibus ſcribit Iuſtinianus. Sed cùm non facilè has legū emendationes admittendas eſſe cōſtet, ſæpiuſq́; Iuſtinianus cùm antiquas altercationes decidit, aut jus novum conſtituit, ipſe quid innovaverit, mutaveritque, non taceat: verius eſt ut priores leges ad hanc poſteriorem trahantur: non ea ratione, quam vulgus ſequitur, ut ſcilicet Ulpianum de fructibus, Iuſtinianum verò de re dotali interpretemur. Hæc enim ſententia, ut ab eis jejunè explicatur, defendi non poteſt, quia fructus dotem augent, atque dotis pars habentur, & mulier qua actione dotem, eadem & fructus petit.

L. Si

L. Si marito. 31. §. *ſi fundum. Solut. matrimo.* Ego exiſtimo dotem uxori omnino reſtituendam eſſe, nec eam retinere maritum poſſe vel ob donationes, vel res amotas, vel aliam ob cauſam. Verùm ſi quos fructus poſt divortium maritus perceperit, & de iis reſtituẽdis egerit uxor, quæ amplius rem non petebat (Sic enim intelligendum Ulpianum eſſe quiſque judicabit, qui diligentius perpenderit cum toto illo capite de fructuum reſtitutione tãtùm diſputare) poterit maritus ex illis deducere quod ſibi ex cauſa pecuniaria debetur. Sed & ſi dos ipſa reddenda ſit, & totæ viri facultates, dotis quantitatem non egrediantur, ne is ſuis rebus omnino deſtituatur, cùm in ſolidum damnandus ſit, ei dotem minuere licebit, quam uxor ipſi debet: atq; eodem jure uti illius hæredes poterunt. Ob impenſas quoque neceſſarias, licet propriè compenſare non dicatur, ipſo tamen jure dotem minuet. Unde hæc quaſi retentio à Iuſtiniano dicitur. No-

ſtra

ſtra ſententia diſertè ab eo Imperatore confirmatur. §. *Item ſi de dote. Inſtit. de action. d. l. rei judicatæ.* Inquit enim propter retentionem quoque dotis repetitionem minui. Quæ clauſula ex ſuperiori verſiculo interpretationem accipit. Nam dixerat eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere poſsit, id eſt, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque ſi dotis quantitati concurrant facultates ejus, in ſolidum damnatur. ſi minus, in tantum, quantum facere poteſt. Poſtea ſubjicit, etiam propter retentionem (quæ ſcilicet facultatum viri modum, qui dotis quantitatem non excedit, ex eo quod ipſi debetur, doti reſtituendæ compenſat) dotis repetitionem minui: ut ipſa quidem ex mariti rerum ratione, tota non reddatur, ſed minuere quod uxor debet oporteat. Et quod de fructibus diximus, apertiſsimam habet rationem. Nam cùm jam reſtituta eſt uxori dos, fructus dici pars illius non poſſunt, ſed quia diſtincti ſeparatique alia actione

ne petuntur, ideoq́ue maritus dotem retinere non conatur: aliter quàm ſi unà cum re fructus peterentur: quia cùm ipſam augeant, ejuſq́ue partem faciant: de iis retineri aliquid non poteſt, quin compenſari doti, quod viro ſolvendum eſt, videatur. Quamobrem non retentionis, ſed actionis via, quod ſibi debetur, petere maritus poterit. Atque ita cùm ei ſolutum eſt, compenſaſſe quodammmodo dici poteſt.

FINIS LIBRI SECUNDI.

LUDO. CHARONDAE Iuriſconſ. Pariſienſis Πιθανῶν ſeu veriſimilium

LIBER TERTIUS.

ACTIONIS DEFINItio & diviſio.

CAPUT PRIMUM.

VT rectè intelligatur quid ſit id, de quo diſputatur, ab actionis definitione proficiſci noſtra inſtitutio debet. Latiſsima autem eſt actionis ſignificatio. Quicquid enim eſt quod vel ad officiorum & utilitatum communicationem pertinet, vel in dando ſuũ cuiq; verſatur, vel ut alicui vis injuriave fiat patratur, actio dici poteſt. Verùm nos actionem ad judicia cauſaſque convertimus, & civili perſequutioni propriam facimus, quamvis eam pro accuſatione etiam uſurpari non ignoremus.

Nam & M. Tul. Cicero *In orat. pro Milone* perduellionis actionem dixit: & in Verrem actiones, quibus eum accuſat, ſcripſit. Nihil autem aliud eſt actio, quàm jus perſequendi in judicio, quod ſibi debetur, ut præclarè poſt Cajum jureconſultum definit Iuſtinianus. Sed videndum eſt, qua ſignificatione jus actio dicatur. Nam jus multa ſignificat. Cõmunis eſt eorum, qui ſe purius juris authores interpretari gloriantur, ſententia, ut jus pro vi & facultate agendi accipiatur. Ego verò illius definitionis verba perpendens, idem jus cum vi omninò non ſignificare arbitror. Nec enim magiſtratus qui actionis formulam præſcribebat, actionem ita dabat quaſi tum nata ex ejuſque officio profecta eſſet. Obligatio enim aut certè ſimile aliquod juris vinculum actionem parit: *L. Iuris gentium. de pact. l. licet. de procur. & alibi.* ut verius ſit, jam natum fuiſſe jus cujus vi ad magiſtratum, qui juri dicundo præerat, vocabatur reus. Hocq́ue ipſum jus actionem eſſe. Nam

prætor

prætor ex lege tantùm agendi genus formabat ac concipiebat: jus verò litigantibus nullum tribuebat, ſed ipſis ſi quod haberent reddebat. Et jus quidem in hac definitione ita uſurpari existimo, ut jus cognationis, affinitatis, prædii, & cætera dici à jureconſultis obſervavi: & apud Ciceronem *Lib.* 1. *de Orato.* jus applicationis legi: quod quale fuerit, non difficile eſt ex ejus verbis intelligere: quamvis obſcurum nec in vulgi cognitione poſitum fuiſſe dixerit, & plerique inveniantur, qui ſuam ignorantiam, Ciceronis (ut exiſtimant) inſcitia tegere volunt. Equidem jus applicationis (ut id obiter explicem) hujuſmodi fuiſſe opinor, quemadmodum in antiqua Roma clientes fuiſſe, qui potentiorem aliquem virum, ut à cæteris defenderentur, eligebant, ſcribit Dionyſius Halicarnaſſeus, *Lib.* 2. *antiq. Rom.* ipſoſque mutuis officiis patronos provocaſſe. Ita qui Romam in exilium veniſſet, cui Romæ exulare jus eſſet, ſi ſe ad aliquem quaſi patronum applicuiſ-

 ſet

ſet, inteſtatoq́; eſſet mortuus: patrono jus applicationis competebat: quod diverſum ab eo non fuit, quod in clientum bonis habebant patroni: ut aliás ex antiquis monumētis oſtendam. nec enim plura hic locus permittit. Perſequendi verbo generalius in ea definitione uſi ſunt Cajus & Iuſtinianus. Nam perſequutio à Iureconſultis dicitur extraordinaria cognitio: in qua judices à Prætore non dabantur: vulgariſq́; formula, quæ in aliis actionibus obſervabatur, præſcribi nunquam ſolebat, ut de fideicommiſsis ſcribit Ulpianus, *L. Pecunia. de verb. ſigni. & tit. de fideicom. in epit. inſtit.* Perſequi autem is dicitur, qui intendit ſibi adverſarium aliquid debere: & ſive vulgato ordine, ſive extra ordinem movet alicui de aliqua re aut debito controverſiam. ſic enim in hoc loco accipitur. Iudicium autem eſt, in quo quis judicat, ſive ipſe ſit magiſtratus, ſive judex datus à magiſtratu. Ipſa enim actio eſt, jus quod vim & facultatem id quod ſibi debetur, apud

cum

eum qui juriſdictioni præeſt, agique permittit, vel qui ex præſcripta ſibi formula cognoſcere judicareque poteſt. perſequendi continet. Nam actionis verbo continetur in rem, in perſonam, directa, utilis, præjudicium, ſicut ait Pōponius, *L. Actionis. de obligat. & action. L. Arbor. Comm. divid. l. Si domus. de ſervit. urbano. prædio. l. ſi communi. de ſerv. ruſt. L. non amplius. de legat.* 1. *l. Mævius. de legat.* 2. ſtipulationes etiam quæ prætoriæ ſunt: quia inſtar actionum obtinent: ut damni infecti, legatorum, & ſi quæ ſunt ſimiles. Mirum eſt igitur quî fieri poſsit ut eruditi quidam viri ab hac definitione actionem in rem excludant. Ei enim verbum debendi etiam competit, quia ſervitutes quoque deberi dicuntur, & res etiam ſoli; ideoque Ulpianus *L. Pecuniæ.* 178. *de verb. ſignific.* eleganter verbū *Debuit*, omnem omnino actionem comprehendere intelligi reſpondit: ſive civilis, ſive honoraria, ſive fideicommiſſaria fuit perſequutio.

Verùm & jus civile & prætor tum in rem tum in perſonam actiones prodiderunt. Sed dubitari à pleriſq; video an hac definitione id contineatur, quod in diem, aut ſub conditione debetur. Atque ex interpretibus quidam inter certam incertamque conditionem diſtinguunt, alii aliter ſentiunt. Equidem video omnes illos Iuſtiniani verba levius inſpexiſſe. Cum enim de eo debito loquatur, quod quis perſequi poteſt, ſi quid ſit, quod ſpes eſt debitum iri, vel cujus perſequutio in diem confertur, non poteſt dici hac definitione cõprehendi: nam dies vel conditio pro reo non pro ſtipulatore adjicitur: *L.Eũ qui.§.1.de ver. oblig.* ſed debitor is propriè dicitur, á quo invito res exigi poteſt. *L.Debitor. de verb. ſignific.* Omnium autem actionum ſumma diviſio in duo genera diducitur. Nam agit unuſquiſque aut cum ſibi obligato, aut cum eo qui propter rem ſibi quodam modo tenetur. Qui verò in perſonam intendit, ea formula ſibi à prętore præſcripta

Dare

Dare facere oportere, aut alio quodam modo, qui cauſæ figuram propius exprimit, utitur. Quamvis enim eſſent formæ quædam ſolennes quæ curioſe obſervabantur: *L.1.de obligat.& action.* ex hoc tamen loco & ex Caji inſtitutionibus conſtat, diverſas fuiſſe concipiendarum actionum figuras, & prætorē aliquando communem cōceptionem non obſervaſſe, ſed ad controverſiæ cauſam & naturam propius reſpexiſſe, prçſertim cùm certum actionis nomen deerat, ipſaque ideo in factum concipiebatur. Sic enim & quod Iuſtinianus, *& aliis quibuſdam modis*, & quod Cajus, *aut proprio quodam jure ex variis cauſarum figuris* ſcribit, interpretor. Verùm in perſonam actio eum perſequitur, qui obligatus eſt nobis ad faciendum aliquid, vel dandum: & ſemper adverſus eundem locum habet. Actio autem in rem cum eo movetur, qui nobis nullo jure obligatus eſt, ſed rem noſtram poſſidet, & ſemper adverſus poſſeſſorem eſt. *L. Actionum. de oblig. & action.*

Quamvis enim is, qui rem quam intendimus noſtram eſſe poſsidet aliquo nobis jure teneri videatur, cum nullum jus ſit, cui non ſit aut à natura aut à lege data quædam obligatio tanquam comes & adjutrix, ſi non expreſſa, ſaltem tacita: tamen non rectè dici poteſt obligatus ille, qui non contraxit, nec ita deliquit, ut inde ejus, quod nobis abeſt, perſequutio competat. Et hæc in rem actio, vindicatio appellatur. Vindicare autem eſt aliquid ex alterius poſſeſsione auferre: & vindiciæ (ut Pōpejus Feſtus ſcribit) olim dicebantur, quæ ex fundo ſumptæ in jus allatæ erāt. Servius Sulpitius vindiciam eſſe ait dictam ab eo, quòd res vindicantur ex controverſia. Hunc autem ita vindicandi morem fuiſſe exiſtimo, ut is qui de re aliqua movere controverſiam volebat, adverſarium ſimul manu præhenderet, & in rem præſentem vocaret, tūm accepta ex eo agro gleba, ad eum qui juri dicundo præerat, illum deduceret, & in ea gleba tanquam in

toto

toto agro vindicaret. Sic namq; Aul. Gellium *Lib. 20. noct. Attic. cap. 9.* ſenſiſſe arbitror. Unde conſtat quare hæc actio, vindicatio appelletur: cum ea quæ in perſonam eſt, condictio dicatur. Nam dici generaliter condictio poteſt, omnis actio, quæ ex omni cauſa, & ex omni obligatione competit. Certi enim condictionem omni ex obligatione dari, ex qua certum petitur: ſive ex certo contractu petatur, ſive ex incerto. *L. Certi condictio. Si cert. pet.*

AD VERS. NAM in his. §. æquè. Inſtitut. de action.

CAP. II.

De ſervitutibus in rem actiones competere, tam confeſſoriam, quàm negatoriam oſtendimus. Sed in rebus corporalibus negativam locum non habere probat Iuſtinianus, ſed obſcuriora quibuſdam videntur

videntur ejus verba. Nam ſic ipſe ait. *Quod genus actionis in controverſiis rerum corporalium proditum non eſt. Nam in his is agit, qui non poßidet: ei verò qui poßidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem actoris eſſe.* Obſervandum autem eſt ei, qui rem corporalem poſsidet, negativam ideo non dari actionem quia ipſe ſua poſſeſsione contentus eſſe debet, & ſuum non alienum jus curare. *L. uti frui. ſi uſusfr. pet.* Quod eleganter diſiunctione quadam preſſa & jureconſulto digna explicat Iuſtinianus. Nam is rem ſuam corporalem eſſe intendit, qui eam non poſsidet: quia ex actoris parte, dominium, ex rei autem, poſſeſsio requiritur. Sed qui poſsidet, cum eo de rei poſſeſsione agere non poteſt, qui eam nullo modo detinet. Atque ille ridiculus videretur, qui rem alterius non eſſe intenderet. Nonnullis abſurdum videtur, quod vulgatis in codicibus legitur. quid enim illud eſt quod dicitur, reum poſſeſſorem non eſſe actorem : aut actionem contra actio-

actionem non eſſe proditam? Ideoq́ue locum illum depravatum eſſe, & ita legendum exiſtimant: *Ei verò qui non poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem eſſe poſſeſſoris.* Verùm illi exiſtimare debebant antiquas & receptas lectiones non eſſe temerè corrigendas. Præterea hæc correctio vel potius corruptio à Iuſtinia. ſententia longè abeſt. Vult enim Iuſtinianus oſtendere poſſidenti actionem non eſſe proditam, per quam neget rem non poſſidentis eſſe: & ideo in controverſiis rerum corporalium negativam actionem non competere, cùm ea ſit, per quam quis intendit jus non eſſe adverſario, qui prædium quidem vicinum poſſidet. Sed (ut ingenuè quod obſervavi dicam) cùm de vulgata ſcriptura dubitarem, omnes quos invenire potui Inſtitutionum codices conſului, & in eorum pleriſq́ue expunctum *Actoris* nomen obſervavi: quorum fides Theophili græci interpretis authoritate confirmatur. is enim in ſua paraphraſi *Actoris*

nomen

nomen omiſit. In uno autem, eoque (mea ſententia) vetuſtiſsimo ita ſcriptum inveni: *Ei verò qui poßidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem alterius eſſe.* Et ejus margini adſcriptum erat, *Alterius deeſt in al.* Sed utcunque legatur, expuncto *Actoris* nomine clara ſunt Iuſtiniani verba.

Ad verſ. Sanè uno caſu.

HIc verſiculus ex ſuperiori pendet, atq; ejus tanquam regulæ quædam eſt exceptio. Sed quis ſit unus ille caſus, dubitant interpretes: nec in latioribus Digeſtorum libris invenire poſſunt. Sunt qui ad præjudiciales actiones hunc locum referant: verùm cùm de his poſtea Iuſtinianus agat, eorum defendi opinio non poteſt. Nam commune cum hoc caſu nihil habent. Aliis placuit interdictum *uti poßidetis* intelligi. qui ſi ad titulum & ad Iuſtiniani verba propius reſpexiſſent, eam nunquam ſententiam edidiſſent. Non deſunt qui duplicia judicia hoc ſolo caſu con-

contineri exiſtiment: ſed cum hîc de mera in rem actione non mixta agatur, exploſa eſt eorum ſententia. Qui de eo interpretantur, qui ſe uſucepiſſe intendit, nihil cæteris probabilius retulerunt. Tantùm enim excipiendo, actoris partibus fungitur, probandiq́ue onus in ſe rejicit. Quod ſi de exceptionibus caſus ille intelligatur, non unus ſolus eſt. veriorq́ue communis interpretum opinio eſſet, qui eum caſum eſſe arbitrantur, cum is qui convenitur, actorem ſe excipiendo conſtituit. Pudet me doctiſsimi cujuſdam viri ſententiam referre. is enim non ſatis doctè hunc caſum de ſervitutibus explicat: cum tamen conſtet hunc verſiculum à ſuperioribus aliis in quibus de duobus actionum generibus, quæ pro ſervitutibus competunt, agitur, diſtinctum eſſe, atq; ex ſibi proximo pendere. Deinde ea clauſula ineptè adjiceretur, nec præcedētibus rectè cohæreret. Aemylius Ferrettus noſtri temporis orna-

ornamentum, ex duobus pervetuſtis codicibus hunc textum emendat, & negativam particulam *Non* adjiciendam eſſe exiſtimat: ut ſic legatur: *ſanè non uno caſu*. Iuſtinianum autem de duplicibus mixtisque judiciis ſenſiſſe arbitratur. Sed ego jam oſtendi hanc interpretationem recipi non poſſe: quod etiam ille intellexit. Nam in ſuæ notæ principio, eam explicationem, ut vulgò ab interpretibus traditur, eadem ratione reprehendit, & in ſuis ad titu. de acquiren. poſſeſſ. commentariis iterum refellit, ſuamq; ſententiam mutat. Verùm quod de utroque poſsidente & actore & reo, quando quis in rem agit, ſcribit, non eſt hic unus caſus, nec ad Iuſtiniani mentem accedit. Non enim rei & actoris partes miſceri imperator noſter dicit, nec de interdicto agit. Itaque mutanda prior Ferretti ſententia mihi non videtur, quamvis interpretatio diſpliceat. Nam in veteribus etiam codicibus manuſcriptis inſertam eſſe textui, aut certè margini adſcriptā

negati-

negativam particulam *non* obſervavi. Verùm quidem eſt quod in uno ſic ſcriptum legerim, *ſanè eo caſu*, hujus vero loci eum eſſe ſenſum opinor. Quamvis poſsidenti nulla ſit in rem prodita actio, qua rem alterius eſſe neget: tamē eo caſu, quo ſcilicet poſſeſſori nō datur actio, ſanè actoris partes obtinet, id eſt, actoris partibus fungitur. Quod ſi negativè legatur, id ſenſiſſe Iuſtinianum conſtat. Licet poſſeſſori nulla competat actio, qua rem alterius eſſe neget: ſanè non uno caſu is qui poſsidet, nihilominus actoris partes obtinet, ut ex latioribus Digeſtorum libris apparebit, ex quibus reum poſſeſſoremve multis caſibus actoris partes ſuſtinere conſtat, ut cum rei ab adverſario petitæ dominum ſe eſſe affirmat, probandiq; onus in ſe rejicit. Nam & Ulpianus *L. In exceptionib. de probat.* in exceptionibus reum actoris partibus fungi oportere, ipſumque exceptionem velut intentionem implere ſcribit, Et Africanus *L. Si prius de oper. no. nuntia. de jure ſuo ꝓbare*

 (inquit

(inquit) *id eſt petitoris partes ſuſtinere.* Conſtat igitur lōgè aliud eſſe partibus actoris fungi, aut actoris partes ſuſtinere, & actorem eſſe. Quod etiam ex Ulpiani *l. Vlp. Si li. ing. eſſe dicat.* verbis in non diverſa omninò ſpecie colligi poteſt. Si quis autem cōtendat receptam & à Theophilo approbatam lectionem emendari non debere: equidem ei ſatisfacere cupio, & hunc unum caſum quem in Digeſtis obſervavi, explicare. Poſteriora ergo prioribus verba connectens, vindicationem intelligo: ut eo tantùm caſu is qui poſsidet, actoris partes obtineat, quo illi, qui idem & dominus rei eſt & poſſeſſor, adverſus eum qui rem corporaliter tantùm detinet, rei vindicatio datur, ut adverſus depoſitarios, commodatarios, & conductores. *L. Officium. de rei vindicat.* Quo caſu apud dominum poſſeſsionem remanſiſſe conſtat. *L. Licet.* §. *ult. depoſ. l. rei. commodat. l. Non ſolum.* §. *ideoque juris. de uſucap.* At illi, qui rei corporaliter inſiſtunt, ideoque ad inſtar poſſeſſorum

ſe

ſe habent, hactenus pro poſſeſſoribus habentur, ut res ab iis vindicari poſsit. *d. l. Officium. facit in argum. L. is qui deſtinavit. de rei vendicat.* Itaque Ulpianus contra Pegaſum ab omnibus, qui tenent & habent reſtituendi facultatem, peti poſſe reſpondit. Verùm cùm hic caſus expreſsior in Pand. non ſit quám cæteri: an ille ſit de quo Iuſtinianus ſenſerit dubito.

DE BONÆ FIDEI
& ſtrictis actionibus.

CAP. III.

SOlebant prætores edicta proponere de iis omnibus, de quibus jus eſſet dicendum, ſive ea lege XII. tabula. vel ſenatuſconſultis conſtituta erant, ſive ex ſua juriſdictione deſcendebant. Verùm generalia edicta intelligo, quæ perpetuæ juriſdictionis cauſa (ut lo-

quitur Ulpianus *L. Si quis idquod de juriſdict.*) edebantur: quæ ad genus univerſum, & ad omnes, non autem ad ſingulas perſonas, & ad unam tantùm aliquam certæ cauſæ ſpeciem pertinebant. Nam in albo proponebantur illa, ut admoniti cives pręmunirent ſe, *L. 2. de orig. jur.* ſi aut agere vellent, aut adverſus eos alius ageret. Iis enim Prætor generaliter edicebat, quas actiones daret, quibuſve de rebus & quomodo in omnibus cauſis jus diceret. Actiones autem, quas ſe daturum profitebatur, vel jure civili introductæ erant, vel eas ipſe propter publicam utilitatem inſtituerat. Si quis igitur agere vellet, in jus adverſarium vocabat, & apud eum qui juri dicundo præerat, cauſa agebatur, negotiumve exponebatur. Is verò ſæpius non cognoſcebat, ſed judicem qui controverſiam definiret, dabat: ut diſertè explicat Ulpianus noſter. *Præterea* (inquit *L. 2. de in jus vocan.*) *in jus vocari non debet qui uxorem ducit, aut ea quæ nubit; nec judicem oportet dum de re*

cognoſ

cognoſcit: nec dum quis apud prætorem cauſam agit. Nam & actor intentionem ſuam, & reus exceptionem declarabat. Iſque poſtulare dicebatur, qui deſiderium ſuum vel amici ſui in jure apud eum qui juriſdictioni præerat, exponebat: vel alterius deſiderio contradicebat. Sed prætor ex formula ſuo generali edicto contenta, certam actionis ſpeciem concipiebat, eamq́ue dato à ſe judici præſcribebat. Sic enim ipſum dabat litigantibus, ut is non ex ſua ſententia, ſed ex prætoris juriſdictione ſtatuere videretur. Non autem uno eodemq́ue ſemper modo judicia formabat. Nam aliquando purè, aliquando ſub conditione (ut eleganter tractat Duarenus noſtri temporis juteconſultorum primus) actionem concipiebat, Verùm quia anguſtis ſtrictiſq́ue finibus judicem prætoria formula concludebant: plures autem contractus ad humanam ſocietatem & publicam utilitatem neceſſarii, in commerciiſque rerum frequentes ita fiebant, ut non o-

omnia, de quibus ſenſerant contrahentes exprimerentur, ſed mutuæ fidei pleraque remitterentur: ſæpius contrahentes decipiebantur. Quare ut ei malo prætores, qui ante oculos naturalem æquitatem habebant, occurrerent, omnemq́ue fraudandi cauſam ex bonis ſanctiſq́ue legibus fundata civitate ejicerent, actionibus quæ ex iis contractibus petebantur, clauſulam *Ex bona fide* adjiciebant: cujus ſummam vim eſſe Q. Scævola pontifex maximus (ut refert Cicero *Lib. 3. Offic.*) dicebat, fideique bonæ nomen exiſtimabat manare latiſsimè. idq́ue verſari in tutelis, ſocietatibus, fiduciis, rebus emptis, venditis, locatis, conductis, quibus vitæ ſocietas cõtineretur: in his magni eſſe judicis ſtatuere præſertim (cùm in pleriſq; eſſent judicia contraria) quid quemq; cuiq́; præſtare oporteret. Ita ſanè Ciceronem retuli ut eum ſcripſiſſe exiſtimo. Nam qui *ceſſent* pro *eſſent* legunt faciunt næ intelligendo ut nihil intelligant. ſenſiſſe enim illum conſtat
hoc

hoc præſertim magni (id eſt ingenii, doctrinæ, & judicii prȩſtantia quadam excellentis) judicis officium eſſe, ut cùm in pleriſque litigantes à ſeipſis invicem aliquid ex bona fide petant, contrariaque ſint judicia, ſtatuat quid quemque cuique præſtare oporteat. Cæterùm ex his Ciceronis verbis rudem bonæ fidei judiciorum formam habemus, verùm expreſſam effigiem quærimus. Sed principio quid ſit bona fides videndum. Et ea certè (meo judicio) aliud ſignificat nihil, quàm æquitatem & ſimplicitatem quandam naturalem, nulla ſubtilitate, fallacia, verſutia, aſtutia fucatam: quæ conſtantem dictorum, factorum, & promiſſorum veritatem obſervandam eſſe jubet. Nam bona fides (ut inquit Triphoninus *L. Bona fides. depoſit.*) quæ in contractibus exigitur, ſummam æquitatem deſiderat, atq; fraudi & dolo contraria eſt. *l. 3. Pro ſocio.* Et certè unam tantùm bonæ fidei ſignificationẽ eſſe, eamq; non aliter in judiciis, quàm in contractibus uſurpari, ex jureconſulto-

ſultorum libris obſervavi. Nam licet clauſula *Ex bona fide*, liberam ex bono & æquo ſtatuendi poteſtatem judici tribuat: non tamen licentiam illam ſignificat. Nam cùm hæc judicia eam formulam ideo acceperint, ut ſi quid conventionis veritas, quæ ſcripta non erat, exigeret, judex litiganti daret, ne ſeſe contrahentes fraudarent: conſtat etiam in judiciis bonam fidem dici poſſe quæ dolo & fraudi contraria eſt, & æquitate nititur. Ideoque Pomponius: *L. tenetur. in fin. de act. empt. Si cùm venditor* (inquit) *ſciens obligatum, aut alienam vendidiſſet, adjectum ſit, neve eo nomine quid præſtaret, æſtimari oportet dolum malum ejus, quem ſemper ab eſſe oportet in judicio empti, eo quod bonæ fidei ſit.* Hinc frequentes & in eadem ſignificatione uſurpatæ locutiones, ex bona fide præſtare, negotium bona fide contractum, bona fide ſtatuere, ex bono & æquo ſtatuere judicareve. *L. Ex maleficio. de obliga. & act. L. ſi cum fundum. de contrah. empt. L. Quæro. locat. l. fidejuſ-*

ſor.

ſor. §. *quædam.mand.l.ſi ſervum.* §. *quæritur.de verb.oblig.* & *alib.* Sunt igitur bonæ fidei judicia, in quibus judici ex bono & æquo ſtatuendi, quid cuique quemque præſtare oporteat, libera poteſtas conceſſa eſt. Unde eleganter Proculus boni viri arbitrium, bonæ fidei judiciis magnopere convenire, in iiſq; ſequendum eſſe ſcribit. *L. In propoſita. pro ſocio.* Tantum enim valet in hoc actionum genere, judicis officium, quãtum in ſtipulatione ejus rei facta interrogatio. *L. item ſi. in fin. cum l. ſeq. de negot. geſt. l. Lucius. in fin. Depoſit.* Atque ideo Cicero in Topicis, plurimum in omnibus iſtis judiciis ait eſſe cauſarum uſum: quoniam (ut Boetius ſcribit) judices ita dantur, non ut ſtrictas inter litigantes ſtipulationes, atque exactam & anguſtam verborũ vim, ſed bonam fidem, & quis contrahentium fuerit animus, quærant, qui niſi ex præcedentibus cauſis deprehendi vix poteſt. *d. l. fidejuſſor.* Hîc igitur non de apicibus juris, ſed de bona fide diſputatur. Quo-

circa aſtutiæ tollendæ ſunt, eaq; malitia quæ vult illa quidem videri ſe eſſe prudentiam: ſed abeſt ab ea, diſtatq́; plurimum. Ex his judiciis quædã non uno in loco refert M. Cicero, *de natu. deor.* eaq́; de fide mala appellat, quod ad vindicãdam fidem malã & dolum dẽtur: & lib. 3. Officior. formulas de dolo malo Aquilium protuliſſe, & interpretatione legum induxiſſe, ex quibus dolus malus vindicari cœpit, teſtatur. Unde conſtat has conceptiones, jus dicentem Aquilium prætorem, vel conſulentẽ primũ introduxiſſe. Intelligendum eſt autem bonæ fidei appellationẽ, novam & ab aliis diſtinctam actionũ formã & ſpeciẽ non conſtituere, ſed qualitatis nomen, & indicium quoddã ſignificẽdæ earum actionum naturæ gratia, poſterius additum eſſe. Nam adverſus eum inſtituuntur, qui ſuam nobis in contrahendo fidem obligavit: ad quam ex bono & æquo ſervãdam illum perſequimur. Cætera verò judicia, quæ ſine illa clauſula *ex bona fide* cõcipiebantur, ſtricta appellari

lari ſolebant, quòd in his datus judex
ſtrictã, & ut ſibi præſcripta erat, formu-
lam ſequi deberet, nec alia de re, alioq;
modo ſtatuere aliquid poſſet, quam ut
ipſi injunctum erat, etiam ſi bonum &
æquũ æſtimaret. Ideoq; ſub formula ju-
dicare dicebatur, ut Seneca *lib. 2. de Cle-*
ment. ſcribit. *Clementia* (inquit) *liberum*
arbitriũ habet: nec ſub formula, ſed ex bo-
no & æquo judicat. hujus generis eſt mu-
tuum, ſtipulatio, & cætera judicia quæ
bonæ fidei nõ connumerantur. Sed du
bitant pleriq;, quam ob rationem ea ſo-
la quæ Iuſtinianus numerat, bonæ fidei
dicantur judicia: cum alia in hominum
cõmerciis non rarius verſentur, & ma-
ximè mutuum, quod frequentari adeò
ſolet, ut omnibus quodãmodo contra-
ctibus adeſſe videatur. Verùm præcipuã
hujus diverſitatis cauſam eſſe æquitatẽ
humanamq́; ſocietatem ex Cicerone &
jureconſ. oſtendi. Ac cõſociationis, re-
rumq́; (ut ita dicam) cõmutabilium cõ-
munitatis æquitas (quam Græci philo
ſophi κοινωνίας ἐπιείκειαν appellant) in mu-

tui contractum id venire non permittit, quod in cæteris bonum & æquum deſiderat. hæc enim illius eſt natura, ut rerum creditarum ſit in omnem partem æqualitas, nec ultra quicquam aut citrà liceat contrahentibus efficere, quàm rerum parilitas requirat. Nam dicitur mutuum, quòd res, quæ accepta eſt ita reddatur, ut licet ex debitore proficiſcatur, ſic tamen creditoris fiat, ut eadem omnino videatur, atque cum primùm data eſt. Sed & ſtipulatio verborum conceptione concluditur: ut ſi quid, quod ad eam adſtringendam pertinere poſsit, non exprimatur, pro omiſſo habendum ſit. *L. Quicquid. de verb. oblig.* Quòd ſi cui noſtræ rationes non ſint ſatis: ei ut ſatisfaciam, Aquilii de facto conſulti, ad Ciceronem *In Topicis* ratione utar. Si cui ratio noſtra non placeat, illud ſatis ſit, ita legem ſcriptam eſſe, *L. Proſpexit. Qui & à quibus.* & in iis quæ certa ſunt, non magnopere quærendam rationem, cur ita conſtituta ſunt, ſed à proceribus principi
ſuggeri

ſuggeri voluit Plato, *De legibus*. ſi quæ conſtituta eſſent duriora viderentur, & parum è republica. Quod & conſulti, qui in manibus ſunt ſignificant: atque maximè Neratius, eorum quæ conſtituta ſunt, rationes inquiri non oportere exiſtimans: quoniam alioqui multa ex his quæ certa ſunt, ſubverterentur. *L. Non omnium. l. Et ideo. de leg.* Verùm Iuſtiniani verba non ita ſtrictè accipienda eſſe arbitror, ut recta tantum quæ ab eo referũtur judicia, bonæ fidei ſint. Nam doctè quidam contraria eſſe bonæ fidei etiam oſtenderunt. in actionibus enim negotiorum geſtorum ac mandati tam directò quàm contrariò ex bona fide agi Cicero *in topic.* & Cajus *in l. Ex maleficio.* §. 1. *de obligat. & action.* probant. Sed in actione pigneratitia quæ creditori competit, & contraria dicitur, & commodati quoque contraria, bonæ fidei judicium eſſe Ulpianus Cajus Aphricanus & Paulus oſtendunt. *L. Si ſervos. de pign. act. l. in rebus.* § *item l. in commodato.* § *ſicut. l. pen. Commodat.*

DE ARBITRARIIS *actionibus.*

CAP. IIII.

CUm ex iis judiciis, in quorum conceptione clauſulam *ex bona fide* non adjiciebat Prætor, quædam eſſent, quæ boni & æqui rationem exigerent ita ut ſi quid judicis arbitrio non æſtimaretur, non leve damnum ſentirent litigantes, ex eoque humana ſocietas perturbaretur: prudentibus viſum eſt arctis adeò finibus judicis à prætore in his actionibus dari poteſtatem non includere ſed ei permittere, ut ex bono & æquo ſecundum cujuſq; rei, de qua actum eſt, naturam æſtimet quo modo cuique ſatisfieri oporteat, ne damno aliquo afficiatur: ut in actione *De eo quod certo loco dari oportet*, (quæ ſimpliciter arbitraria dicitur, *L. Si duo. de cõſt. pecun. L.* 1. *&* 2. *de eo quod cert. loc.* non quòd magis ſit arbitraria quàm quędam alia, ſed quia nomen aliud nõ habet) magna

publicæ

publicæ utilitatis ratio verſatur: quia cum alio loco, quàm in quem ſibi dari ſtipulatus eſſet, non videbatur ſummo jure, agendi facultatem competere, iniquum erat, ſi promiſſor ad eum locum, in quem daturum ſe promiſiſſet, nunquam accederet. (quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis neceſſariò diſtringeretur) non poſſe ſtipulatorem ad ſuum pervenire: ideo viſum eſt utilem actionem in eam rem comparare, quæ utriuſque utilitatem continet, tam actoris, quam rei. Eſt igitur arbitraria hæc actio, utilis non directa, in quo ab ea quæ bonæ fidei eſt diſtinguitur. ea enim mero jure competit, & directò à prætore datur, ſed illa ex interpretatione, & ad ſimilitudinem atque exemplũ (meo judicio) bonę fidei, utilitatis gratia prodita eſt. Nõ enim bonę fidei eſſe dicitur, ſed tamẽ multa habet quæ ex bono & æquo ſunt. Dicitur autẽ arbitraria, quia ex judicis à prętore dati arbitrio pendet, id eſt, (ut interpretor) quia liberam ex clauſula *ex bona fide*

pote-

poteſtatem non continet, verùm judicis tanquam boni viri arbitrio ex æquo & bono tractatur. Eſt verò arbitrium, non(ut poſt Theophilum Placentinus, Duarenus & alii ſcripſerunt) interlocutio quædam judicis ſententiā definitivam antecedens, ſed exiſtimatio & ſententia quædam non definitiva, qua ipſe arbitratur quomodo actori ſatisfiat. Et ita quidem poteſt ſtatuere non ſemel tantum, verùm etiam uſque ad litis deciſionem. Quod igitur Iuſtinianus dicit arbitrio judicis, idem eſt ac ſi dixiſſet arbitratu, Sic enim apud Cajum *L. ideo, De eo quod cert. lo.* accipitur. *Ideo* (inquit) *in arbitrium judicis refertur hæc actio, quia ſcimus quam varia ſint precia rerum per ſingulas civitates regioneſq́ᵹ, maximè vini, olei, frumenti.* Et judiciū quidem ac arbitrium indifferenter accipi conſtat. Nam quod Paulus *L. Quia tantundem. de negot. geſt.* officium judicis appellavit, Papinianus *l. Lucius, De poſ.* ad arbitrium retulit. Et Ciceronem in topicis judicium, in Officiis arbitriū

dicere

dicere oſtendimus, atq; in oratione pro Roſcio Comœdo nunc arbitrium pro ſocio, nunc judicium ſcribere obſervavimus. Arbitrariæ actionis formã præclarè Ulpian. *L. Item ſi cum. de eo quod met.* exprimit. *Hæc actio* (inquit: loquitur autem de actione quod metus cauſa) *cum arbitraria ſit, habet reus licentiam ab arbitrio dato uſque ad ſententiam, reſtitutionem, ſecundum quod ſuprà diximus, rei facere: quod ſi non fecerit, jure meritoq́; quadrupli condemnationem patietur. Aliquando tamen & ſi metus adhibitus proponatur, arbitrium abſolutionem adfert.* Et poſtea; *Pædius quoq; lib. 8. ſcribit arbitrium judicis in reſtituenda re tale eſſe debere, ut eum quidem qui vim admiſit, jubeat reſtituere, etiam ſi ad alium res pervenerit: eum autem ad quem pervenit, etiam ſi alius metum fecerit.* Sed dubitatur, quomodo noxalis actio, arbitraria dici queat: cum ſententia condemnationem noxæ deditionis contineat. Quidam Iuſtinianum de iis noxalibus ſentire, quarum directas me-

morat, exiſtimant : quibus alii utcunque acquieſcunt, plures minimè conſentiunt. Verùm quicquid ſit, diſertè in arbitrariarũ numero noxales locat Imperator. Arbitrari enim poteſt judex, ut, ſi utilius videatur, reique, de qua actum eſt natura poſtulet, vel ſolvat dominus, vel ſervum noxæ dedat, Nam (ut ſcribit Paulus *L. Miles. de re jud.*) *decem, aut noxæ dedere condemnatus, judicati in decem tenetur. facultatem enim noxæ dedendæ ex lege accipit.* Et poſtea: *Iudicium ſolius noxæ deditionis nullum eſt, ſed pecuniariam condemnationem ſequitur. Et ideo judicati in decem agitur. his enim ſolis condemnatur. Noxæ autem deditio in ſolutione eſt, quæ à lege tribuitur.* Cùm igitur ex utilitatis ratione debeat judex æſtimare, & ad ſolutionem rerum ſua ſententia condemnet, arbitrari, antequam judicet, poteſt quomodo actori commodè ſatisfieri oporteat.

DE

DE ACTIONE ONERis aVerſi, & quid ſit aVerſione vendere aut locare.

CAPVT V.

VT rectè intelligatur quid ſit oneris averſi actio, videndum eſt quomodo averſione celebrari contractus dicatur. Sunt enim qui exiſtiment illam ex hujuſmodi contractu dari. Alciatus *Lib. 6. parer. cap.* 28. adverſionem dicit, & rem adverſione vendi locarive ſcribit, quæ hac lege & conditione vẽditur locaturve, ut ab aliquo approbetur, & ſecundum ejus judicium æſtimetur. Sed quamvis ſuam opinionem Florentini reſponſo confirmare poſsit, *L. Opus. locat.* tamen Paulus in notis ad Labeonem *l. ul. in fi. de leg. Rhod.* & Ulpianus *l. 1. §. exercitorem. de exercit. acti.* diſertè oſtendunt, eam defendi non poſſe interpretationem. Ideoque Anton. Auguſtinus *Libr. 3. Emendat. capit. 6.* ex doctiſsimi jureconſulti Lælii

Taurelli ſententia codicis Florentini ſcripturam ſequutus, *averſione* ſcribit, & rem averſione vendi aut locari putat, cùm numerus, menſura aut pondus dictum non eſt, aut quid aliud quod his ſimile ſit. averſionem verò inde appellari exiſtimat, quòd periculum avertat emptor aut conductor à venditore aut domino, idq́ue in ſe recipiat, etiam ſi verbis expreſſum nō ſit. in quo Accurſius decipitur. Verùm ego vereor ne nō rectè ſenſerint. Nam licet quos pro ſe juris locos adferunt, expreſſos eſſe appareat, & maximè quod ait Paulus, *d. l. ult.* aliud dicendū cùm averſione navis conducta eſt, aliud cùm pro numero impoſitarū amphorarum merces conſtituta eſt: tamen ſi quis eum Pauli locum propius inſpexerit, non ita indefinitè cōductam eſſe navem intelliget, quin duorum milium mercedem deberi conſtet. Sed expreſsius oſtendit Africanus *L. Et hæc. 35. locat.* in iis etiam rebus, quæ pondere, numero & menſura non conſtant, averſio-

averſione quoque locationem fieri. Sic enim inquit. *Et hæc diſtinctio convenit illi quæ à Servio introducta, et ab omnibus ferè approbata eſt: ut ſi averſione inſulam locatam, dominus reficiendo, ne ea conductor frui poſſit, effecerit: animadvertatur, neceſſariò necne id opus demolitus ſit.* Et hic etiam locus eorum opinionem refellit, qui averſione (ſic enim ſcribūt) factam eſſe alicujus operis locationem exiſtimant, quando univerſitas cōſummationis ad conductorem pertinet, quod lingua noſtra dicimus *in blocco*, id eſt in globo. Iam enim perfectum & abſolutum opus erat, nec ullam ejus tuendi curam ad conductorem pertinuiſſe ait jurecōſultus, ſed dominum ſuam refeciſſe inſulam, atque ita opus quod locaverat, demolitum fuiſſe, adeò ut illo frui non potuerit conductor. Præterea conſtat ſuperioribus juris locis hāc accommodari non poſſe interpretationem. Denique ridiculam docti cujuſdam viri ſententiam tranſeo, qui averſione venditionem locationemve fieri

arbitratur, cùm perfecta venditione avertunt ſe ſtatim contrahentes. Ex his enim quæ diximus, explodendam hanc eſſe explicationem nullus eſt qui non intelligat. Equidem cum hæc antiquitatis fragmenta revolvo, non poſſum non graviter moleſteque ferre integrorum juris librorum (in quibus ea explicata fuiſſe veriſimile eſt) jacturam. Nã ut in omnibus ferè contractibus ſolennia quædam verba obſervari ſolebant, aut certè contrahendi quidam ritus in uſu erat: ita opinor ſolennem quendã averſione vendendi aut locandi modũ fuiſſe; quem ita celebrari ſolitum conjicio. Cùm res aut vendebatur aut locabatur, emptor vel conductor eam, aliquidve aliud ipſam repræſentans à venditore aut locatore avertebat, & ad ſe advertebat: ita ut omnem tum ejus cauſam in ſe transferret. unde à quibuſdam *averſione*, ab aliis *adverſione* factus ille contractus dicebatur. Et hæc quidem interpretatio optimè jureconſultorum ſententiis convenit. Illi enim

non

non de forma contractus ita celebrandi agũt, ſed de vi & natura ipſius, quam ex diverſis ſpeciebus de quibus conſulebantur, explicant. Sic igitur (meo judicio) rectius de prudentum ſententiis judicatur, quàm generales quaſdam definitiones ex uno aut altero loco colligere, & eas ineptis exceptionibus, quę incautos fallunt, limitare.

Supereſt ut de oneris averſi actione dicamus, quam nonnulli ex contractu adverſione facto naſci exiſtimant: à quibus diſſentio. Nam non alia ex venditione locationeve per adverſionem contracta datur actio, quàm quæ contractus propria eſt: ut ex locis ſuprà à nobis relatis conſtat. Deinde hîc non opus ſed onus averſum dicimus. Sed Alphenus *L. in nave.* 31. *loca.* diſertè oſtendit hanc actionem propter averſum & ſubtractum onus competere. *In nave Saupheï,* inquit, *complures frumentum confuderant. Saupheus uni ex his frumentum reddiderat de communi; eaque navis perierat. Quæ-*

 ſitum

ſitum eſt an cæteri pro ſua parte frumenti cum nauta agere poſſent oneris averſi actione. Et poſtea: *Et ideo ſe improbare actiones oneris averſi: quia ſive ejus generis eſſent merces, ut ſi nautæ traderentur, continuò ejus fierent, & mercator in creditum iret: non videretur onus eſſe averſum: quippe quod nautæ fuiſſet. ſive eadem res quæ tradita eſſet, reddi deberet, furti eſſe actionem locatori: & ideo ſupervacuum eſſe oneris averſi judicium.* Ex his conſtat furti judicio ſimilem oneris averſi actionem fuiſſe. Nam cum res locata erat, & in navi poſita, ſi eam nauta conductorve averteret, non propriè furtum dici poterat, quia non animo furandi illam contrectabat, ſed ex ſuo tantùm loco ſubtrahebat atque auferebat. Ideoque cum furti dari non poſſet actio: hæc oneris averſi prodita eſt. Sed eam ut ſupervacuam rejicit Iureconſultus. Nam ſi ipſa res ita data eſt, ut nautæ continuò fiat, ejuſdemque generis alia reddatur: mutuum contrahitur, poteſtq; locator rem ſibi debitam

condi-

condicere. Ideoque onus averſum dici non poteſt, quia rem tantùm ſuam, non alienam ex navi abſtulit nauta. Verùm ſi reddi eadem debet, & eam conductor ſubtraxit, furti tenetur: ob idq́; oneris averſi ſupervacua eſt actio, quòd fruſtra daretur, cum alia & ea quidem legitima competat, nec illa niſi ad ſupplendam furti actionis vicem inducta ſit.

AN SOLA IN IVS vocatione interrumpitur uſucapio.

CAP. VI.

PErmultos libelli oblationis effectus noſtri interpretes tradiderunt, ſed quos ex Iureconſultorum libris non ſumpſiſſe video. Nam quod de uſucapionis interruptione ſcripſerunt: mihi omnino non placet. Sed ut res tota faciliorem progreſſum accipiat, intelli-

gendum eſt ipſos duo interruptionis genera tradidiſſe, quorum unum naturale, alterum civile appellant. Verùm cùm uſucapio, civilis ſit acquirendi dominii modus, & per continuationem poſſeſsionis producatur: ea autem poſſeſsio ſive naturalis tantùm ſive civilis appelletur, non poſsit non habere aliquid ex jure naturali, ut libro primo oſtendimus: ſi naturaliter interrupta ſit uſucapio, omni jure etiam civili interrupta cenſeri debet. *Naturaliter verò* (ut inquit Cajus *L. Naturaliter. de uſucap.*) *interrumpitur poſſeßio, cùm quis de poſſeſſione vi dejicitur, vel alicui res mobilis eripitur, quo caſu non adverſus eum tantùm qui eripuit, interrumpitur poſſeßio, ſed adverſus omnes. nec eo caſu quicquam intereſt, is, qui uſurpaverit, dominus ſit, necne: ac ne illud quidem intereſt, pro ſuo quiſq; poßideat, an ex lucrativa cauſa.* Eſt igitur naturalis interruptio quæ rem ipſam, facto, ejuſque poſſeſsionem interpellat & intervertit. Civilis autem dici

dici poſſet, quæ juris ſubtilitate poſſeſſionem interrumpit, ſed ea veteribus Iurcconſultis incognita erat, quia cùm poſſelsionis continuatio uſucapionem perficiat, non poteſt ea interverti niſi factum aliquod interveniat. Itaque per litis conteſtationem, & multò minus per ſolam in jus vocationem, libellive oblationem non interrumpitur poſſeſſio, nec acceptum judicium obeſt, quò minus res uſucapiatur. Cajus lib. 7. ad edictum provinciale. *Si poſt acceptum judicium* (inquit *L. Si poſt. de rei vindicat.*) *poſſeſſor uſu hominem ceperit: debet eum tradere, eoq; nomine de dolo cavere. periculum eſt enim, ne vel eum pignoraverit, vel manumiſerit.* Et Paulus, *Si rem alienam* (ait *L. 2. pro emptore.*) *emerim, & cùm uſucaperem, eandem rem dominus à me petierit: non interpellari uſucapionem meam litis conteſtatione: ſed ſi litis æſtimationem ſufferre maluerim: ait Iulianus cauſam poſſeſſionis mutari ei, qui litis æſtimationem ſuſtulerit. Idemq; eſſe, ſi dominus ei,*

qui

qui rem emiſſet à non domino, donaſſet Et *ea ſententia vera eſt. Litis enim æſtimatio* (ut inquit Ulpianus *l. 3. pro emtor.*) *ſimilis eſt emptioni.* Quanvis igitur lis conteſtata ſit: poteſt nihilominus is qui poſsidet, uſucapere, ſed judicis ſententia illam reſtituere cogetur: ut rectius uſucepiſſe dicatur, quia poſſeſsionem cõtinuavit, atque ita rei dominium acquiſivit, non quia adverſus quemcunq; ſecurus eſt. Sed tamen dominus adeò habetur, ut ſi rem pignori dederit, jus illud hypothecæ etiam contra verum dominum, cui reſtituere damnatus eſt valeat. Satis eſt enim ut pignoris obligatio utilis ſit, rem eo tempore debitoris fuiſſe, quo ipſam dedit. Ideoq; huic incommodo dominus occurrere ſolebat per cautionem de dolo malo, quam à reo poſſeſſore exigebat. Sed etiam talem eſſe actionem oportet, ut ex ea rem ſuam conſequi poſsit dominus. Nam ſi ad exhibendum egerit, & res poſt acceptum judicium uſucapta ſit, petitor (ut ſcribit Ulpianus *L. Iulianus, verſic. proinde.*

inde. ad exhiben.) intentionem ſuam perdet. Ab antiquorum igitur Iureconſultorum opinione alienum eſt, quod ſcripſere quidam, nullam omnino etiam jure veteri poſſeſsionis continuationem fuiſſe lite ſemel conteſtata: & quod alii tradidere nullo modo interruptam eo jure poſſeſsionem, niſi præſtita domino agenti cautio fuiſſet: atq; Iuſtinianum hujus interruptionis primũ authorem fuiſſe. Nam primùm ex Pauli verbis jam à nobis relatis conſtat impeditam litis conteſtatione nõ fuiſſe uſucapionem, ſed non ejus interrumpendæ, verùm ut jus rei interim non mutaretur, ſolitam pręſtari cautionem. Deinde etiam Conſtantini tempore, qui ante Iuſtinianum imperavit, interruptam litis conteſtatione uſucapionem accepi. Nam ſic ille *L. Nemo. C. de acquir. & retin. poſſeſſ.* ad Maternum reſcribit. *Nemo ambigit poſſeßionis duplicem eſſe rationem, aliam quæ jure* (id eſt ut interpretor, ſolo titulo & ut ajunt philoſophi, habitu, non ut quidam intelli-

telligunt, jure civili aut animo) *conſi-ſtit, aliam quæ corpore* (id eſt corporali detentione) *utramque autem ita demum eſſe legitimam, cum omnium adverſario-rum ſilentio & taciturnitate firmatur: in-terpellatione verò & controverſia progreſ-ſa, non poſſe eum intelligi poſſeſſorem, qui licet poſſeßionem corpore teneat, tamen ex interpoſita conteſtatione, & cauſa in judi-cium deducta ſuper jure poſſeßionis vacil-let ac dubitet*: id eſt, qui incertus ſit, an jus facultatem & titulum poſsidendi habeat. Quare accepto judicio, ejus, qui uſucapere cœpit, poſſeſsionem mi-nus legitimam effici, atque ita uſuca-pionem interrumpi conſtat. fatetur vul-gus interpretum, litis conteſtatione re-rum mobilium uſucapionem inter-rumpi non poſſe, ſed immobilium: ea-que diſtinctione Iureconſultis Iuſti-nianum conciliat. Satis autem appa-ret ex his quæ diximus, inter res mo-biles & immobiles nullam prudentes conſtituiſſe differentiam. Quod au-tem noſtrum Iuſtinianum antiquas Iu-

ris

ris authorum ſententias correxiſſe plerique exiſtimant, mihi omninò placere nunquam potuit. Nam conſtitutiones, quas ad confirmandam ſuam opinionē adferunt, poſt ſecundam codicis editionem, Lampadio ſcilicet & Oreſte, aut eorum poſt conſulatum emiſſæ non ſunt, ut ex ſubſcriptionibus cōſtat, ſed ante Pandectarum compoſitionem, ideoque his non derogant. Præterea una conſtitutio *L. 2. & ult. C. de anna. except. Ital. con. tol.* eò tantùm reſpicit, ut nemini abſentia, vel potentia, vel infantia penitus adverſarii ſui noceat, ſed ſi is adfuerit, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet, & deſiderat dominus rei vel creditor ſuam intentionem proponere, & non licentia ſit abſente ſuo adverſario, qui rem detinet, vel infantia, vel furore laborante, & neminem tutorem vel curatorem habente, vel in magna poteſtate conſtituto, ſua authoritate eas res uſurpare: licentia ei detur adire præſidem provinciæ, vel libellum

ei

ei porrigere, & hoc in querimoniam deducere intra ſtatuta tempora, & interruptionem temporis facere, & ſufficere hoc ad pleniſsimam interruptionem, id eſt eam quę naturali apprehenſione fit, ita ut facto ipſo quis è poſſeſſione ejiciatur. Sic enim pleniſsimam interruptionem interpretor: & illam, quæ ad ejus exemplum fieri à Iuſtiniano dicitur, non propriè interruptionẽ vocari poſſe arbitror, ſed tanquam ſi eundem effectum haberet, ſufficere, ut interpellari & interverti uſucapio poſſit. Et certè veteres juriſperiti rationẽ excogitaverant, qua ei ſubveniretur, qui rem ſuam (quam interim poſſeſſor reipublicæ cauſa abſens retinuerat animo uſque ad ſtatutum tempus, & ideo uſuceperat) vindicare non poterat. Nam illi permiſerant ut intra annum reſciſſa uſucapione rem ſuam peteret, *L. Item. l. ergo. l. ab hoſtibus. ex quib. cau. ma.* id eſt, ita peteret, (ſicuti à Iuſtiniano ſcribitur §. *rurſus. Inſtit. de act.*) ut diceret poſſeſſorem uſu non cepiſſe, & ob id

id ſuam rem eſſe. Non video igitur in quo jus antiquum ea conſtitutione corrigatur. Altera (quæ eſt ultima tituli de annali exceptione Italici contractus tollenda, & de diverſis temporibus & exceptionibus, & præſcriptionibus, & interruptionibus earum) id præſertim ſtatuit, ut quamvis generaliter nullius cauſæ mentionem habeat libellus, vel unius quidem ſpecialiter tantummodo, aut perſonales actiones, vel hypothecarias contineat: nihilominus videatur is qui agit, jus ſuum omne in judicium deduxiſſe, & eſſe interrupta tẽporum curricula: cùm contra deſides homines, & ſui juris contemptores odioſe exceptiones oppoſitæ ſint: ſed de rei vendicatione, qua rem ab alio poſſeſſam actor petit, nullum in ea conſtitutione verbum legitur, nec quicquam eſt, quod antiquum jus emendet. Nam dicitur quidem temporis curſum interrumpi, ſed non ita tamen, ut ſi actor non obtinuerit, continuata poſſeſſoris non dicatur uſucapio, quæ ad ſtatutum

uſque tempus progreſſa eſt. Itaque ſic interpretari hæc Iuſtiniani reſcripta oportet, ut ad ea tanquam poſteriora gravioraque jureconſultorum reſponſa referantur, ex ipſisque interpretationem accipiant. quàm rariſsimè enim dicendum eſt reprehendi ab imperatore juriſperitos, niſi illius expreſſa ſit cõſtitutio, quæ refutationem contineat.

DE ACTIONVM concurſu.

CAP. VII.

MAgnos de actionum (ut ajunt) cumulatione commentarios ſcripſerunt ſcholaſtici doctores, atque pro regula tradiderunt diverſas quenque actiones eodem ac uno libello complecti poſſe. Verùm illi jureconſultos enarraturi, veterem Romanæ civitatis morem ignorare non debebant. Turpe enim eſt aliquem velle eum interpretari quem

non

non intelligit. Et quidem magiſtratum qui actionem dabat, plures una formula concepiſſe actiones nullus unquam legit. Nam cuique actioni ſua (ut diximus) ſolennis formandi judicii figura erat. Ideoque plures juriſperiti de actionum formulis libros (uti à Pōponio *l. 2. de orig. jur.* & Cicerone *de leg.* refertur) ſcripſerunt. Sed (ut rationes, quibus ad firmandam ſuam ſententiam abutuntur interpretes, contra ipſos retorqueam) quare juriſconſulti, eum cui ex diverſis obligationibus aliquid debetur, poſſe nunc unam, nunc alteram actionem intendere, non autem eas ſimul, dicunt? Nam ab initio ipſas conſiſtere obligationes ajunt, ut altera in judicium deducta, altera nihilominus remaneat: & ſi ex una obtinuerit actor, ad alteram venire non poſsit. *L. Si pluribus. l. hujuſmodi. §. qui ſervum. de lega. 1. l. Si is qui. de obligat. & actio. cum aliis ſim.* Verùm quidē eſt, eum, qui ex pluribus cauſis aliquem

obligatum habebat, cum eo pluribus a-
ctionibus experiri potuiſſe, ſed illas da-
ri ſingulatim ſolitas fuiſſe teſtatur Ca-
jus *L. ſi idem. de juriſd.* Conſtat enim
omnes omnino actiones ex contractu
deſcendentes, prætorem vel ſecundum
jus civile, vel ex ſuo edicto dediſſe. Cer-
ta verò actionum erant nomina, ipſo-
rum contractuum appellationem reti-
nentia. Quod ſi quæ obligationes ex
facto tantùm contracto penderent, nec
proprium & à cæteris diſtinctum con-
tractus nomen referrent, præſcriptis in
factum verbis judicium formabat Præ-
tor. Unde conſtat hanc præſcriptis ver
bis actionem non magis cum reliquis
concurrere, quàm ipſas inter ſe. Sunt
tamen qui exiſtiment eam non ſolùm
cum aliis quæ ex conventione veniunt
coire, ſed etiam cum ea quæ de dolo eſt.
Verùm ego aliàs hāc defendi nō poſſe
ſentētiam probavi, ſed ut clarius quàm
ea falſa ſit, intelligatur: videndum eſt
quæ ſit illius actionis natura. Papinia-
nus libr. 8. quæſtionum, *nonnunquam*
evenit

evenit (inquit *L.1.de præſcript. verb.*) *ut ceſſantibus judiciis proditis, et vulgaribus actionibus, cùm proprium nomen inveni-re non poſſumus, facilè deſcendamus ad eas, quæ in factum appellantur. Nam, cum deficiunt* (ut ait Celſus *l.2.eo. tit.*) *vulgaria atq; uſitata actionum nomina, præſcriptis verbis agendum eſt. Ad quam actionem* (ſubjicit Iulianus *L.3. eod.*) *neceſſe eſt confugere, quoties contractus exiſtunt, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ ſunt*, id eſt, cùm certæ ac ſolennes actionum formulæ (quas more civitatis Romanæ obſervari ſolitas ſcribunt jureconſulti, & teſtatur Cicero *In oratio. pro Quintio. & pro Roſcio Com.*) deficiunt, quia plura ſunt negotia, quàm quæ certis conceptionibus comprehendi poſsint omnia: præſcriptis in id quod factum eſt verbis actiones dantur, quas inde ſubſidiarias eſſe conſequitur, non eò, quòd alio jure, quàm civili proditæ ſint (hoc enim falſum oſtendit Papinianus, cùm eas ſciviles appellat, & Ulpianus etiam noſter.

L. Iuris gentium. de pact. ut alio loco dixi) ſed quod in ſolennium & vulgarium actionum ſubſidium ex jure civili dentur: ut non ineptè agẽtium refugia dici poſsint. Quod ergo nonnulli dicunt has actiones competere nõ modò cùm nullum actionis nomen proditum eſt, ſed quoties illud invenire nõ poſſumus, non probat illas cum aliis civilibus concurrere. Nam etiam cùm actionis nomen dubium & incertum eſt, vulgaris & certa dari non poteſt actio: ideoque non minus actiones in factum deſiderantur: quia tum quoque actionum plenus non eſt numerus, ut Pomponius *l. Quia. de præſcript. verb.* ſcribit. Sed nec magis doli actio cum hac præſcriptis verbis concurrit (ut etiam probavi) quia I. C. odioſa viſa eſt adeò, ut ſi alia ex actione ſuum quis conſequi poſsit, hæc dari nequeat. *L. 1. de dol.* Verùm objiciet quis nunquam actioni de dolo locum fore, ſi edicti prætoris verba generaliter intelligãtur, & ad innominatas quoq; actiones

nes referantur. Equidem ex ipſo edicto & ejus interpretatione collegi non ſolùm civiles tam directas quám utiles, verumetiam prætorias & directas & utiles actiones(quamvis diſſentiant plerique)de dolo actionem excludere, niſi ex alia vindicari dolus non poſsit, ut in duabus à Paulo & Ulpiano explicatis ſpeciebus, *L. naturalis* §. *Sed ſi dedi. & l. Solent. de præſcript. verb.* in quibus dolus arguebatur, conſtat.

DE IN LITEM jurando.

CAP. VIII.

IN litem, id eſt, in rem de qua controverſia eſt, juramentum adverſus eum defertur, qui judicis præcepto non paret, aut dolo malo bonam fidem rūpit: eò videlicet, ut domini arbitrio, rei pretiū ex locorū & temporis diuerſitate mutatiōi obnoxiū ſtatuatur. *L. Tutor. de in lit. jur.* Is igitur, cui jura-

mentum defertur, rem ex ſuo affectu & arbitrio æſtimat: quamvis, nulla affectione utilitatem rei excedente, quantùm verè ſibi ſua re carere interſit, nõnunquam juret. Et illud quidem juſiurandum propter non reſtituentis, vel non exhibentis dolum aut contumaciam defertur. Unde conſtat etiã ſi dolus ante acceptum judicium in reſtituendo vel exhibendo admiſſus fuerit, propter eum in litem non jurari, ſed ita demũ, ſi poſt ſuſceptã cauſam fecerit dolo malo poſſeſſor ut reſtituere vel exhibere nequeat, aut ſi judicis arbitrio cõtumaciter reluctatꝰ fuerit cũ reſtituere poſſit, ut multis ex juris locis apparet. *l. Item ſi cum. de eo quod me. l. Arbitrio. de dol.* Quamobrem in omnibus judiciis, tum bonæ fidei, tum ſtrictis arbitrariiſve, quæ ejuſmodi juramentum admittunt, tanti res habebuntur, quanti eas æſtimaverit actor jurejurãdo ei in hoc per judicem delato. Verùm ſi nulla taxatione circumſcriptum ſit actoris juramentum, in infinitum jurare poteſt: ideo-

ideoq́ue judex, qui vel non deferendi juriſiurandi poteſtatem habet, certam præfinire ſummam, ad quam uſque juretur, atque (ut Paulus ait) taxatione juſiurandum refrenare valet: adeò ut ne ultra taxationem à judice factam actori jurare liceat. *L. Si quando. C. unde vi.* Ut autem juramentum deferatur, dolum atque contumaciam concurrere non eſt neceſſe. In arbitrariis enim judiciis, una puniendæ contumaciæ ratio ſufficit, *d. l. Arbitrio. l. penultim. de in lit. jur.* quæ in bonæ fidei judiciis locum non habet. In his enim ob ſolum dolum juratur (cum ſcilicet reus ante condemnationem dolo deſiit poſsidere *L. Qui reſtituere. de rei vindica.*) non autem ob contumaciam in non parendo arbitrio, quod in his non datur: alioqui bonæ fidei actio arbitraria eſſet. Quare Paulus hîc ſub alternatione ſcripſit. *L. 2. & l. in actionibus. de in lit. jur.* Præcipua verò deferendi in litem juriſiurandi cauſa, æſtimationis per judicem faciendæ difficultas videtur, quæ

in pecunia locum non habet, quippe cujus certa ac ſtatuta ſit æſtimatio. Ideoq́ue in nummis juramentum deferri negat Ulpianus. *L. Nummis.eo.* Quare juriſiurandi in litem delatio, non judiciorum duntaxat bonæ fidei, & ex eo quòd bonæ fidei ſint, præcipua eſt magis vel propria, quàm aliorum: ubi ex facti qualitate, deferendi juriſiurandi cauſa ſubeſt. Quamvis in omnibus bonæ fidei judiciis ob dolum in litem deferri juſiurandum poſsit, quod non eſt adeò in aliis frequens.

AD L. QVOD NERva, depoſiti.

CAP. IX.

CUlpæ nomen latiſsimè patet. quicquid enim doloſè & malitioſè peccatur, comprehendit. verùm qui diſtincte loqui volunt, dolum ſceleri, culpam verò imprudentiæ tribuunt; ut ad illud Terentii in Hecyra. *Non mea opera,*

neque

neque pol culpa evenit, explicat Donatus. Ideoq́ue culpa quamlibet magna, non à doloſa peccandi voluntate, ſed à ſtulta ignorantia & negligentia proficiſcitur: *L. In lege. ad l. Corn. de Sica.* ut in culpam incidiſſe dicatur is, qui imprudentia negligētiave id agit, quod facere eum minimè oportet, vel omittit quod fieri ab eo decet. Media eſt igitur inter dolum & caſum culpa, utriuſque particeps vel potius expers. Sicut autem ejus, qui imperitia errat lapſus, nũc minus dolo malitiave caret, cùm nullo excuſationis colore ſatis defendi poſſit, adeò fœdè, turpiter, ac ſupinè fallitur, nunc aſtu, non tamen culpa vacat: ut cùm omnem minimè excuſationem meretur: ideoq́ue ad caſum inclinat, vel certè à dolo longius abeſt. Ita & culpa varia eſt, multiplex, & tanquam diverſis gradibus diſtincta. Quò enim dolo & nequitiæ proximior, eò eſt latior: habetur autem eò levior, quò remotior eſt, non modò à ſcelere, ſed à ſceleris ſuſpicione. Enimvero ea quę ad dolum

dolum accedit, lata; quæ fraude omnino caret, leviſsima: quæ media eſt, levis dicitur. Eſt autem lata culpa, magna & diſſoluta negligentia, quæ dolo proxima, dolum (ut inquit Ulpianus) repræſentat. *l. 1. §. Non autem. Si quis teſta. liber eſſe. L. Quæſitum. §. Eum quoq. de precar.* Itaque & dolus & dolo comparari: *L. 1. §. fin. Si menſor falſum mo. dix. l. Magna negligentia de verb. ſignific.* nunc in doli crimen cadere, *L. 1. §. Is autem. de oblig. & act.* nunc prope fraudem accedere dicitur. *L. Impuberibus. §. 1. de ſuſpec. tut.* Eaque à jureconſultis latior nonnunquam appellatur, cujus exemplum in hoc reſponſo proponit Celſus *Quod Nerva diceret* (inquit) *latiorem culpam dolum eſſe, Proculo diſplicebat, mihi veriſsimum videtur. Nam & ſi quis nõ ad eum modum quem hominum natura deſiderat, diligens eſt: niſi tamen ad ſuum modum curam in depoſito præſtet, fraude non caret.* Quæ jureconſulti verba eò non pertinent ut latiorem culpam, dolum eſſe (inter utrunque enim

multum

multum intereſt) ſed in hac quæſtione, doli appellatione latiorem culpam cõtineri intelligamus: ut ea non minus quàm dolus ipſe præſtetur. Rectè igitur Paulus latæ culpæ finem eſſe ſcribit, non intelligere id quod omnes intelligunt. *L. Latæ culpæ. de verb. ſignif.* Eſt enim hæc culpa, craſſa & ſupina ii gnavi hominis ſecuritas ac deſidia, adeò ut quæſita videatur negligentia, & malitiæ conjuncta. *L. 3. L. nec ſupina. l. regula, §. ſi filius fam. de jur. & fact. ignor.* Sic inexcuſabilem hanc culpam appellant jureconſulti. Non ſunt ergo latæ culpæ gradus, ſed una tantùm eademq́; ſpecies: quæ ſcilicet dolo, fraudi, & nequitiæ proxima eſt. In levem incidit culpam is, qui nulla fraude inſtructus, in rebus agendis minimè ad eum modum, quem hominum natura deſiderat diligens eſt, licet in rebus ſuis majorem non præſtet curam. Itaque Ulpianus levem culpam & rebus ſuis conſuetam negligentiam in pari cauſa ſtatuit. *L. Mulier. §. ſed enim. ad S. C. Trebellia.* Levissi-

viſsimam denique culpam appellamus quam non niſi ſagaciſsimus & diligentiſsimus vir præcavere poſsit. *L. In lege Aqui. ad l. Aquili.* quæ licet ad caſum inclinare videatur, inter utrunque tamen quid interſit docet Paulus in tractatu commodati. *L. In rebus. commod.* Nec enim leviſsima culpa omnem omnino meretur excuſationem. caſus verò fortuiti, quibus reſiſti non poteſt, nullo ab homine prævideri conſilio queunt. *L. Quæ fortuitis. C. de pign. act. l. 1. de obli. et act.* Sciendum autem eſt culpæ gradus certis doctrinæ pręceptis diſtingui, & tanquam cujuſque culpæ vim & magnitudinem metiri difficillimum eſſe, verum judicis ingenio & prudentiæ relinquendum, ut ipſe exemplis à prudentibus explicatis inſtructus, quandam ſimilium rationem animo concipiat ſuo, quam in æſtimando ſequatur.

DE MORA.

CAPVT X.

Mirari

MIrari ſatis non poſſum, quid
ſit,quod interpretes omnia,
quę ad juriſprudentiam per-
tinent, exacta dialecticorũ
ratione metiantur, atque barbaros ſo-
phiſtas imitari quám jurecõſultos ma-
lint. Equidem multa eſſe à majoribus
didici, quæ neque conſtitutione ulla,
neque juris authorum interpretatione
decidi poſsint. Ideoque ea judicis reli-
gioni & ſapientiæ relinquantur, qui co-
gnita cauſa, & perpenſo judicio factum
æſtimabit. Eſt enim facti quæſtio (in-
quit Papinianus) in arbitrio judicantis.
l. 1. *ad S. C. Turpill.* Quare an quis in
moram inciderit,neque ex prudentum
reſponſis, neque ex principum placitis
definiri poteſt. *l.Mora fieri. de uſur.* Ve-
rùm ſi quid ſit mora, breviter explicari
poſsit, ea mihi eſſe videtur injuſta dandi
faciendive quod dari fieri oportet dila-
tio. *l. Mora. l. Sciendum. l. ſi quis ſolutũ. de
uſur. l. Quod te. Si cer. peta.* Eſt autẽ injuſta
dilatio, cum per creditorẽ debitorem-
ve ſteterit, quò minus id quod promiſ-
ſum eſt præſtaretur. Nam

Nam utrinq; mora naſci poteſt. *l. illud. de peric. & commo. rei vend. l. hominem certum. in fi. Manda. l. ſi mora. ſol. mat. l. Qui decem. §. ſi cum mihi. de ſolut.* Debitor verò in moram incidit (ejus enim dilatio, mora ſæpius dicitur) ſi id quod dare facereve poterat debebatque interpellatus, aut alioqui ſciens ſe dare facere oportere (quod quibuſdam de cauſis vel ſine denunciatione contingit *L. Item veniũt. §. petitam. de petit. hær.*) minus præſtiterit, *d. l. Quod te. l. ſi in Aſia. Depoſi. aliiſq; vul.* vel certè dolo, *d. l. Quod te.* culpave ei proxima *l. Mulier. §. Sed enim. ad S. C. Trebell.* fecerit, quo minus præſtaret. Par eſt enim rem habere, vel dolo deſiiſſe poſsidere. *L. parem. de reg. jur.* Non is igitur morari videtur, qui debitum præſtare nõ poteſt. *L. 2. §. Si quis caut. l. 3. §. ſi per venditorem. verſ. mora autẽ à ſenſu cõtraria. de act. em.*

Fit autem mora vel ex re, vel ex perſona. Ex re quidem, cum re ipſa ſine ulla denunciatione contrahitur, ut fur raptorve contrectando ac retinendo

rem alienam non poteſt nõ eſſe in mora, & reſtituendi dilatione. *L. In re furtiva. L. ultim. de cond. furti.* Is etiam, qui debitum ſervũ occiderit, vel dolo perdiderit, in moram ipſo facto incidit. *L. Si ex legati cauſa. L. Mora. in fin. de verb. obliga.* Iure quoque ſingulari propter libertatem fideicommiſſariam, *L. Cum verò.* §. *apparet. de fideico. lib.* atque minorum cauſam *L. 3.* §. 1. *de adimen. legat. l. in minorum. C. In quib. cauſ. in inte.* re ipſa moram fieri reſponſum eſt. Ex perſona dilatio fit, ſi quis interpellatus differat & producat ſolutionem. Non igitur ſola denuntiatio in mora debitorem conſtituit, ſed ſenſim atque paulatim ea naſcitur. Eſt enim moræ initium, interpellatio quam temporis intervallum ſequi neceſſe eſt, ut mora ſit ſemel facta. Ideoque Ulpianus, *ſtipulatio*, inquit, *collationis tunc committitur, cum interpellatus cum aliquo ſpatio, quo conferre potuit non facit. L. Si quis filium.* §. *ſtipulatio. de coll. bono.* huc pertinet quod Iureconſulti eum debere ſtatim

ſolvere, cum aliquo temperamento tẽporis intelligendum eſſe reſpondent. *L. ratum. l. Quod dicimus. de ſolut.* Quamobrem creditor opportuno loco & tẽpore (quod apud judicem examinabitur) debitorem interpellet neceſſe eſt. Quod ſi ſemel cùm illi denunciaverit, repetendi debiti inſtantiam omittat, id eſt non perſequatur, ſed ſtatim ab interpellatione deſiſtat: is velle debitorem in mora conſtituere non videtur, verùm potius dilationem illi producere. Itaque reſponſum eſt non aliter interpellati moram argui, quàm ſi ſemel atque iterùm, hoc eſt ſæpius ei denunciatum ſit, quod aliud nihil eſt, quàm repetendo debito inſtare. *L. Mora. de uſur. l. ſi convenerit. de pignora. act. l. Aemylius Largianus. de minori. l. ſi ex mandato Titii.* §. *ille aut ille. mandat. l. qui Romæ.* §. *Cohæredes. de ver. obliga.* Unde moram eleganter Iureconſulti fruſtrationem appellant, *L. hominem certum. in fin. Manda. l. 3. in fin. de uſur.* quæ non ex ſola denunciatione, ſed ejus à quo

petitur

petitur contumacia, & dilatione oritur. Hæc ſi intellexiſſent illi, qui duplicem interpellationem ad aliquem in mora conſtituendum requirunt, ſuos novos& ineptos intellectus mutaſſent. Unam enim tantùm interpellationem deſiderant prudentes, modò ei inſiſtatur. Sed permultos dubitaſſe non ignoro, an is qui ad diem certam obligatus eſt, ſolo diei lapſu in moram incidat. Equidem non memini hanc à juris authoribus expreſsè quæſtionem tractari. Tantùm enim ſolo diei lapſu committi pœnæ ſtipulationem, eamque peti poſſe, etiam ſi debitor omninò interpellatus non fuerit, ſcripſerunt. *L. Ad diem. de verbo. obligat. l. Magnam. C. de contr. & comm. ſtipu.* Nam pœnæ obligatio ex conventione potius, quàm ex mora pendet. contrahentes enim eò reſpexiſſe videntur, ut ſine ulla interpellatione ſi intra præſtitutum tempus res promiſſa non præſtaretur, pœna committeretur. hinc dicitur diem pro homine interpellare.

Neque Africanus neceſſariam eſſe interpellationem probat. *L. Trajectitiæ. de obligat. & act.* Nam de illo dubitari poſſe ait, ſi interpellatus moram fecerit, an quamvis pecuniam poſtea offerat, pœna nihilominus committatur. Sed cum in reſponſi capite egerit de vi pœnalis ſtipulationis ad diem conceptæ, eamq; ſine ulla interpellatione committi dixerit: ejus aliam vim ſubjicit, quæ ex mora interpellatione facta naſcitur. pœnam ſcilicet nihilominus committi, quamvis pecunia poſt moram oblata ſit, atque ita moram ipſam oblatione non purgari. Ex eo igitur reſponſo colligi non poteſt moram non niſi interpellatione fieri, etiam ſi obligatio diem habeat. Quare ita diſtinguendum arbitror, ut ad diem certam obligatus, ſolo ejus lapſu in mora conſtituatur, qua ſtipulationem reſpicit, id eſt ratione conventionis, non quà aſſumptam & ex ſolius interpellationis effectu venientem cauſam tangit. Non poteſt enim debitor non eſſe in mora, qui elapſo

tempo-

tempore, quod daturum facturum ſe promiſit, conventis minimè ſtat. Ut autem mora interpellationis aliquem effectum conſequatur, debitorem interpellandum ſentio. Ex conſenſu enim magis, quàm ex mora deberi pœnam diximus. Sed dies promiſſoris favore adjicitur, *L. Quod in diem, de ſolu.* §. *Omnes, de verb. obligat. l. Cum tempus, de regu. jur.* quam alioqui in ejus odium converti oporteret contra juris rationem. *L. Quod favore. C. de legi.*

EPITOME TITULI

Digeſt. de contrahenda emptione & vendit.

CAP. XI.

AUdivi admonentem ſæpius clariſsimum Iureconſultum & præceptorem meū Franciſcum Duarenum, diſci commodius Quiritum jura poſſe, ſi præcipui quique tituli in certos locos di-

gerantur. Atque ita ipſe artificioſa ac propè divina ratione jus noſtrum enarrare ſolet: ut ex perdocto ejus ad titulum de pactis commentario conſtat. Quem in aliis imitari conatus ſum ſed nullus certè eſt, qui ad eruditionem promptamque ejus docendi facultatē accedere poſsit: ut excuſandus ſim, ſi ipſum quàm proximè ſequi nequeam. Itaque (ut eò unde egreſſa eſt, noſtra revertatur oratio) hunc de contrahenda emptione & venditione titulum brevi epitome complecti ſtudeo. Is autem præcipuos quatuor locos habet. Quorum unus his capitibus explicatur. Quàm antiqua hujus contractus origo, quid differat à permutatione: quo jure introductus ſit. Alter locus in his totus eſt: Inter quas perſonas ineatur, quibus modis, utrum purè, ſub conditione in diem, utrum in contrahentis vel alterius arbitrium conferri poſsit, quæ ſunt de ſubſtantia hujus contractus, an precium, res quæ vænit, & conſenſus. Tertius locus generalis eſt de pactis con-

conventis inter emptorem & venditorem. Quartus locus eſt quæ res vænire nequeant, quæ perſonæ emere aut vendere non poſsint, & utrum ſpes emi poſsit.

Atque (ut á primo loco incipiam) emptionis origo antiquiſsima eſt, ſed tamen conſuetudine quadam ab omnibus peræq; gentibus obſervari cœpit, cum antiquior propiorq́ue juri naturæ eſſet permutatio. Nam veteres nummi uſum ignorantes, ut mutuas neceſsitates juvarent, dandis accipiendiſque viciſsim iis, quæ ad ipſorum utilitatem pertinebant, mutuò negotiari & rerum permutatione commercari ſolebant. Ideoq; Ioſippus in prima mundi ætate poſt juris gētium contractus, nùmmi uſum memorat: ut probabile ſit de permutatione, depoſito, cōmodato & aliis cōtractibus qui nūmo antiquiores fuerunt, eum loqui. Contractuū igitur omniū initia à permutatione profecta ſūt, nec ullus eſt contractus, qui non permutationis nomine contineatur: ſed

cuiq; poſtea ſua nomina data ſunt. Et emptio ſolùm dicta eſt, cui nummus accederet. Verum inter omnes contractus, ad permutationem propius venit emptio; ita ut utriuſque promiſcua ſit ſignificatio, quemadmodum apud Gręcos uti ex verſibus Homericis quos noſter Paulus refert, conſtat. Nunc autem diſtincta eſt à permutatione emtio. nam in emptione pro re pretium datur, in permutatione res pro re, vel, pretium pro pretio: ut eleganter Paulus ſcribit *L.* 1. *de contr. empt. L.* 1. *de permut.* Pridem enim placuit emptionem rebus fieri non poſſe. Quamvis verò introductus ſit jure gentium hic contractus: poſtea tamen legibus, plebiſcitis, ſenatusconſultis, edictis & prudentum interpretatione confirmatus eſt. Nam primùm Romanis, aut iis certè ex quibus eos deſcendiſſe quidam ſcripſerunt, ſub Saturno emptionis uſus cognitus eſt, qui primus nummum æreum percuſsit: quod teſtatur Ovidius *Lib.* 1 *faſtor.*

At

At bona poſteritas, inquit, *puppim formavit in ære,*
Hoſpitis adventum teſtificata Dei.

Sed multis poſt annis ædilitium edictum propoſitum eſt, & formulam de dolo malo in emptione Aquilius Gallus prodidit, ut præclarè Cicero noſter tractat *Lib. 3. officio.*

Alter locus è ſuperiori pendet. Cùm enim jure gentium introducta ſit, ea conſenſu perficitur, nec verba nec ſcriptura ulla requiritur. Ideoque & inter abſentes & per nuncium & per literas contrahi poteſt. Nam licet cum iis non poſſumus loqui, ſi tamen noſtrę voluntati quam ipſis ſignificavimus, conſenſerint: peracta eſt emptio. Mutus etiam & ſurdus natura emere & vēdere poſſunt: quia certis indiciis ſuum conſenſum exprimere valent. Contrà diſſenſus emptionis, ſubſtantiam corrumpit. Ulp. *In venditionibus* (ait *L. 9.*) *et emptionibus conſenſum debere intercedere palam eſt. Cæterùm ſive in ipſa emptione diſſentiant, ſive in pretio, ſive in*

aliquo alio, emptio imperfecta eſt, & poſtea. *Nam cum in corpore diſſentiamus, apparet nullam eſſe emptionem. Planè ſi in nomine diſſentiamus, verùm de corpore conſtet: nulla dubitatio eſt quin valeat emptio & venditio. Nihil enim facit error nominis, cùm de corpore conſtat. Inde quæritur, ſi in corpore non erretur, ſed in ſubſtantia error ſit: ut puta ſi acetum pro vino væneat, aut æs pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid argento ſimile: an emptio & venditio ſit? Marcellus ſcripſit lib. 7. Digeſtorum, emptionem eſſe & venditionem: quia in corpus conſenſum eſt, & ſi in materia ſit erratum. Ego in vino quidē conſentio, eadem propè* οὐσία *eſt, ſi modò vinum acuit. Cæterum ſi vinum non acuit, ſed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio væniſſe videtur: in cæteris autem nullam eſſe venditionem puto, quoties in materia erratur.* Hæc Ulpian. Verùm ſi hujuſmodi ſit materia, ut ipſa quidem purè talis non ſit, qualem emptor putabat, ſed alterius materiæ admixtum aliquid habeat, ut ſi inauratum

tum pro aureo væneat: idem Ulpianus *L.* 14. venditionem valere ſcribit. Quod ita intelligendum eſt, niſi materia, diverſa re tantum cooperta pro ſolida væneat. Cum enim mens contrahentium ea fuerit, non ut talis, qualis erat, ſed qualis exiſtimabatur res venderetur, non poteſt contra eorum voluntatem & conſenſum valere emptio. *L.* 41. §. *fi.* Sed etiam cùm valet erronea emptio, ex ea nihilominus ad præſtandum quod verè venditum eſt, emptori agere licet. *L.* 45. In venditionis quoque ſubſtantia pretium conſiſtit, ut ſine eo non poſsit illa perfici *L.* 2. ſatis autem eſt ut quacunque ratione venditori de pretio ſatisfactum ſit (veluti expromiſſore, aut pignore dato) id enim perinde habetur, ac ſi pretium ſolutum eſſet. *L.* 53. Debet verò certum eſſe pretium ut res certa: ſiquidem nec emptio, nec venditio, ſine re quæ væneat, poteſt intelligi. *L.* 8. Nam in incertis nullus eſſe conſenſus videtur. Aliquando tamen

tamen & ſine re venditio intelligitur: veluti cum quaſi alea emitur: quod ſit, cum captus piſcium, vel avium, vel miſsilium emitur. Quamvis autem & res & pretiũ ſint ex venditionis natura: ipſe tamen contractus, ſola conventione perficitur. Non enim pretii numeratio, ſed conventio perficit ſine ſcriptis habitam emptionem. *L.* 2. in iis verò quæ pondere, numero, menſura cõſtant, etiam ſi de pretio convenerit, nõ tamen aliter videtur perfecta venditio quàm admenſa, appenſa, adnumerata ſint: Idque quod ad periculum attinet. *L.* 35. *& l.* 1. *de peric. & commodo rei ven.* Sed hæc quamvis ſervata ſint omnia, cavendum eſt nihilominus, ne in contrahentis arbitrium cõferatur emptio. imperfectum enim illud eſſe negotiũ conſtat, quod eſt in alicujus voluntate, an ſcilicet obſtringi velit: *L.* 7. & 35. Immo ſi contractus ſub conditione factus ſit, ejus vis ſuſpenditur: adeo ut ſi conditio defecerit, nullus reddatur, verùm adjectum boni viri arbitrium pro con-

conditione habetur. Et ea exiſtente utilis fit contractus. *L.* 37. *L.* 7. Cæterùm hoc modo & lege iniri debet contractus, ut nulla ſit obſcuritas vel ambiguitas.

Sed hæc quæſtio ad tertium locum magis pertinet: is autem eſt de pactis conventis, quæ certè leges & conditiones à jureconſultis appellantur. Verùm quia de iis alio loco diximus, ſatis erit nunc explicare quoddam Papiniani reſponſum. *Pacta conventa* (inquit, *l.* 72.) *quæ poſtea*, (id eſt ex intervallo & extra contractus progreſſum) *facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractu videntur* (id eſt reo ad exceptionem valent:) *quæ verò adjiciunt, credimus non ineſſe* (id eſt actionem ex ipſo contractu ſecundum id quod conventum eſt, procreare) *Quod locum habet in iis quæ adminicula ſunt emptionis* (quæ ſcilicet extra contractus ſubſtantiam ſunt, valentque tantum ad ejus vim augendam) *veluti ne cautio duplæ præſtetur, aut ut cũ fidejuſſore cautio*

duplæ

duplæ præſtetur. Sed quo caſu agẽte emptore non valet pactum: idem vires habebit jure exceptionis agente venditore. nõ quidem omninò idem, quaſi unum ſit, & eadem de re factum, ſed ejuſdem naturę, quia etiam nudum eſt. Quod ſi pactũ de iis interponatur ex quibus emptionis ſubſtantia conſiſtit, ut de augendo vel minuendo pretio an idem dici poſſit, quærit Papinianus. & *Paulus notat, Si omnibus integris manentibus, de augendo vel diminuendo pretio rurſum convenit, receſſum à priore contractu, & nova emptio interceſsiſſe videtur.* His explicatis ad eam veniamus quæſtionem, quã attigimus. *Labeo ſcribit* (ut refert Paulus *L.* 21.) *obſcuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quàm emtori, quia potuit re integra apertius dicere.* quod etiam Papinianus lib. 5. Quæſtionum confirmat. *Veteribus* (inquit *L.* 39.) *placet pactionem obſcuram vel ambiguam venditori, & ei qui locavit, nocere, in quorum fuit poteſtate legem apertius dicere.* Sed idem Paulus cõtrarium ſibi Labeonem

nem alio loco *L.34*, refert. Ait enim exiſtimaſſe eum, ſi in emptione fundi dictum ſit, accedere Stichum ſervum, neque intelligatur quis ex pluribus accedere debeat: cùm de alio emptor, de alio venditor ſenſerit, Stichum illum deberi, quem venditor intellexerit. Verùm ipſos conciliare I.C. poſſumus, ut ſi nulla cõjectura appareat, quid actum ſit, lexq́ue ipſa contractus obſcura vel ambigua ſit, adeò ut vix intelligi poſſit quid inter contrahentes convenerit: ſecundum emptorem aut conductorem interpretari pactũ debeamus: quia venditor & locator legem apertius dicere poterant, ipſiq́; magis lucrum facere videntur, quòd plerunq́;, quæ ſibi ſuperflua ſunt vendant locentve, cõtrà verò quæ neceſſaria ſunt emantur vel conducantur. Quod ſi lex contractꝰ clara ſit & aperta, & de mẽtis cõtrahentiũ interpretatione agatur, favendũ eſt vẽditori locatoriq́; tanquã reis potius, quàm emptori & conductori qui majorem ex contractu utilitatem quærunt.

Sunt

Sunt etiam pacta, quæ venditioni inſeruntur, ut certam ei legem dent, veluti lex commiſſoria, & in diem addictio. Nihil enim aliud eſt lex commiſſoria, quàm pactio, quæ in venditionibus adjicitur hujuſmodi, ſi dicta pretium die nō ſolvatur, res ſit inempta. *L.2.& al. de lege commiſſ.* Dicitur autem commiſſoria, quòd ipſo jure & ex contractus natura committatur cōditio, & res ſit inempta. *L.4. eo. ti.* Et ipſa quidem emptio pura & perfecta eſt, verùm ſub conditione reſolvitur. *L. 1. eo. tit.* Unde ſcholaſtici Doctores ineptè *pactū legis commiſſoriæ* dicunt, cum lex idem ſignificet atque pactum ſeu conditio. Cæterùm in diem addictio ita fit: ille fundus centum eſto tibi emptus, niſi quis intra calendas Ianuarias proximas meliorem conditionem fecerit, quò res à domino abeat. ſed emptio ita contracta, pura eſt, ſi hoc actum ſit, ut meliore allata conditione, diſcedatur ab emptione, verum ſub conditione reſolvetur. *l.1. & 2. de in diem addi.* Sin autem

hoc

hoc actum ſit, ut perficiatur emptio, niſi melior conditio afferatur, erit emptio conditionalis. Addictio autem dicitur ad auctionis quæ fit |haſta in foro poſita, ſimilitudinē. Res enim emptori addicitur, cùm nullus acceſſerit qui meliorem attulerit conditionem. Unde Cicero Philippica 2. in Antonium. *Cùm te neque principes civitatis rogando, neque majores natu monendo, neque frequens ſenatus agendo, de vendita atq; addicta ſententia movere potuit.*

Quartus & poſtremus locus eſt de perſonis & rebus. Non enim quibuscunque emere & vendere licet. Nam tutor rem pupilli emere non poteſt. *L.* 34. *in fin. de contr. empt.* Idemq́; porrigendum eſt ad ſimilia, id eſt ad curatores, procuratores, & qui negotia aliena gerunt. Quod intelligendum eſt niſi palam & bona fide emant, ut de tutore Dioclet. & Maximia. reſcripſerunt. *L.* 5. *C. eo. tit.* Si enim illi rem eorum, qui ſibi ipſis crediti ſunt, viliori pretio diſtrahi videant, majori comparare non

prohibentur, modò nullus ſit dolus. Non poteſt etiam quis ex officio quod gerit, aliquid emere, ut is qui officii cauſa in provincia agit aut militat. *L.* 62. Nam prædia comparare in eadem provincia non poteſt: præterquam ſi paterna ejus à fiſco diſtrahantur, ut ſcribit Modeſtinus & præclarè Cicero in Verrem oſtendit. Pupillus quoque ſine tutoris authoritate rem ſuam vendere non poteſt. Sed nec inter patrem & filium emptio contrahitur, niſi de rebus caſtrenſibus. *L.* 2. Quædam autem res ſunt, quæ in hominum commerciis habentur, in quibus ſcilicet illi negotiari poſſunt: Quædam commercio ſunt exemptæ, vel natura, ut homo mortuus: vel jure gentium, ut mare, ut littus: vel moribus & jure civili, ut res ſacræ, religioſæ, popu. Romani, & ſimiles. *Omnium verò rerum* (ut inquit Paulus *L.* 34.) *quas quis habere, vel poßidere, vel perſequi poteſt, venditio rectè fit: quas autem natura, vel gentiũ jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum nulla ven-*

venditio eſt. Contractus quidem omninò non valet, ſi uterque ſit fraudis particeps. ſed ſi emptor rem nõ eſſe in hominum commercio ignoraverit, emptio eſſe intelligitur: uti à Pomponio lib. 5. ad Sabinum *L.*4. ſcribitur. *Et liberi* (inquit) *hominis, & loci ſacri, & religioſi, qui haberi non poteſt, emptio intelligitur, ſi ab ignorante emitur.* Eam verò habet vim hic contractus, ut ex empto adverſus venditorem experiatur emptor, ut id quod interſuit ejus ne deciperetur, conſequatur. ad aliũ enim effectum emptio non tenet ſicuti Modeſtinus reſpõdit. *L.* 62. Nullo igitur modo emi res poteſt, cujus ſcit emptor alienationem eſſe prohibitam, cujuſque non ſit commercium. *L.* 6. Unde quidam exiſtimaverunt veneni mali emptionem non contrahi: quia nec ſocietas aut mandatum flagitioſæ rei vires habeat. Quæ ſententia (ut ait Cajus *L.* 35.) poteſt ſanè vera videri, de iis, quæ nullo modo adjectione alterius materiæ uſui nobis eſſe poſſunt.

De iis verò quæ miſta aliis materiis, adeò nocendi naturam deponunt, ut ex his antidota, & alia quædam ſalubria medicamenta conficiantur, aliud dici poteſt. Præterea in codice Iuſtinianæo extat titulus *Quæ res vendi non poſſint, & qui vendere vel mercari vetantur*, in quo ſunt duo Gratia. Valentin. & Theod. AAA. reſcripta: quorum uno prohibetur ne quis fucandæ atque diſtrahendæ purpuræ, vel in ſerico, vel in lana, quæ blatta vel Oxyblatta, atque hyacinthina dicitur, facultatem privatus habeat. Altero autem juſſum eſt comparandi ſerici à barbaris facultatem omnibus, ſicut jam erat præceptũ, præter comitem commerciorum auferri. Quorum rationem eſſe opinor, rerum caritatem, vanum faſtum, & immenſum pretium. Pœna verò fortunarum atque capitis eſt. Sunt & aliæ duæ conſtitutiones ſub eo titulo quæ prohibent ne publici canonis frumentum, vel quod exercitui mittitur, in prædam lucrumq́ue vertatur. Sed & rei ſuæ emtio

ptio non valet, ſive ſciens, ſive ignorãs emit, *L.* 16. niſi conditionalis ſit emptio, quia fortè ſperatur rem emptoris eſſe deſinere. *L.* 61. Sed ſi ignorans emit, quod ſolverit, repetere poterit: quia nulla obligatio fuit: nec tamen emptioni obſtat, ſi in ea re uſusfructus duntaxat ementis ſit. officio tamen judicis pretium minuetur. *L.* 17. Rem verò alienam diſtrahere quem poſſe, nulla dubitatio eſt. Nam in rei corpore cõcurrit utriuſque conſenſus, ut de ejus tantùm, qualis ſit conditionis, non autem de alterius traditione ſenſerint contrahentes, ideoque emptio conſiſtat: ſed res emptori auferri poteſt. *L.* 28. Sed quæritur, an ſpes vel caſus aleæ emi poſsit. Equidem Pomponium ſcripſiſſe memini, *L.* 8. ſpei emptionem eſſe, ut ea contrahatur, etiam ſi fallatur ſpes: ut cùm captus piſcium vel avium vel miſsilium emitur. Aliud autem eſt in hæreditatis venditione. *Cùm enim quis hæreditatem* (ut ſcribit Paulus *L.* 7. *de hæred. vel act. vendit.*) *vendit, eſſe de-*

bet hæreditas, ut ſit emptio. Nec enim alea emitur, ut in venatione, & ſimilibus, ſed res, quæ ſi non eſt, non contrahitur emptio, & ideo precium condicetur. Plura dicere potuiſſem, ſed ſatis eſſe putavi certam ſtudioſis viam ad jura facilius concipienda indicare.

SYNOPSIS TITVLI
de actionibus empti & venditi.

CAP. XII.

PRæcedenti epitome hanc brevem tituli de actionibus empti & venditi, veluti ſynopſim ſubjicere convenit ſed non eodem modo, eademq; omnino ratione. Priùs enim de actione empti, tum de venditi ſecundum diverſas cujuſque vires dicturus ſum. Actio igitur ex empto datur emptori, in quam primùm res ipſa deducitur. Eam enim præſtare venditorem, id eſt tradere o-

por-

portet. *L. ex empto. Digeſt. eod. tit.* Verùm is neceſſe non habet illam emptoris facere. *l. Si ita diſtrahatur. de contra. empt.* Cùm autem hujuſmodi contractus ſolum factum, non dominii transſlationem contineat, ſi traditio rei venditæ juxta emptionis contractum procacia venditoris non fiat, quanti intereſt compleri emptionem, tantum in condemnationis taxationem deducetur, non autem res ipſa præciſè. *L. ſi traditio. C. de act. empt. juncta l. ſi quis ab alio. de re jud.* Itaque ſi res vendita non tradatur, in id quod intereſt agitur, hoc eſt, quanti rem habere emptoris intereſt. Hoc autem interdum pretium egreditur, ſi pluris intereſt quàm res valet, vel empta eſt. *L. 1. de action. empt.* In hac verò ejus quod intereſt diſputatione, obſervanda eſt nova Iuſtiniani conſtitutio, quæ tanquam regula, quicquid à veteribus jureconſultis hac de re traditum eſt, moderatur. *L. unic. C. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt proferuntur.*

Nec enim novum eſt priores leges ad poſteriores trahi. *l. Non eſt novum, & ſequ. de le.* Quæritur quomodo rem tradere venditor debeat. Et certum eſt id non dici traditum quod avocari poteſt. *L. Qui concubinam. §. ſi hæres. de leg. 3.* Ideoque poſſeſsio á venditore tradita non intelligitur, quæ jure avocata eſt. *L. 3. de act. empt.* precaria tamen poſeſſio, quæ quandoque avocari poteſt, *L. Et habet. § eum qui. de preca.* emptorem ad pendēdas precii uſuras obligat. Hoc enim ſolùm ſpectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi: *L. Iulianus. §. ex vendito. de act. emp.* quāvis venditorem, quò minus in id quod emptoris intereſt conveniatur non liberet. *l. emptorem. §. 1. quæ in Pandec. Flor. conjungitur l. ex empto. eo. tit.* Nam is vacuam tradere poſſeſsionem debet. *L. Cùm res. C. de probat,* At vacua dicitur poſſeſsio, quæ neque à domino, *l. fi. C. unde vi.* neque ab alio aliqua de cauſa detinetur, *L. 2. §. 1. de act. emp.* ſed rem omnino ſequitur. Proculus autem

actione

actione ex empto non agi, ut venditor vacuam tradat poſſeſsionem, ſcripſiſſe videtur. *l. Si cum fundum. de contra. em.* Verùm ſpectare oportet, illum loqui, cùm mercedem conductionis ad emptorem pertinere convenerat, ut ex principio ejus epiſtolæ conſtat. Et tum quidem locationi ſtare compellitur: *l. emptorem. C. locat.* atque ita à vacuæ poſſeſsionis jure receſsiſſe exiſtimatur, ut etiam Scævola de lege commiſſoria reſpondit. *l. de lege. in fi. de lege commiſ. l. Si fundus. in ver. Nam etſi. locat.* quia multis modis propter locationem accidere poteſt ne venditor tradere poſſit. Sed niſi pactum contrarium intercedat, vacuam (ut diximus) poſſeſsionem tradere cogitur, hoc eſt, non nudam rei traditionem, ſed bonorum cauſam. *l. In conventionalib. de verb. oblig.* Non obſtat quòd hæc bonorum cauſa in ſtipulatione fundum tradi non veniat: *l. ſi filiusfam. §. fi. de verb. oblig.* quia in ſtipulatione, cum ſtricti juris ſit, acceſsiones non niſi à lite conteſtata

veniunt, *l. videamus.* 38. §. *ſi actionem. de uſur.* etiamſi ſtipulatus eſſem vacuam poſſeſsionem tradi: *l.* 3. §. 1. *de act. emp.* quia traditionis ſtipulatio nullam proprietatis translationem continet. *L. ſi rem tradi.* 28. *de verb. obligat.* Verùm cùm diſertè Papinianus vacuæ poſſeſſionis ſtipulationem continere fructuum præſtationem reſponderit, *L. ſi ſtipulatus ſis. de uſur.* diverſum in ſtipulatione, quàm in emptione conſtitui non debet. Itaq; probabilius eſt intereſſe, an emptor ipſe ſtipuletur, an verò alius. Si enim rem tradi alius ſtipuletur, fructus non veniunt. *d. l. Si filiusfa.* cõtrà ſi vacuam poſſeſsionem. *d. l. ſi ſtipulatus.* hæc enim verba cauſam bonorum continent. Si verò ipſe emptor fundum tradi ſtipuletur, vacua poſſeſſio omnino comprehenditur, cùm res tradi aliter non dicatur. Verùm fructus ante ſtipulationem perceptos, nõ ex ſtipulatu actione, ſed ex empto conſequetur. *d. l.* 3. Quæritur, quid præſtare venditor debeat, & an ignorantia eum

excuſet.

excuſet. Et Paulus quidem *l. Si ſterilis.* §. 1. *de act. em.* ſcribit venditorem, qui de tributo nihil dixerit, ſcientem teneri ex empto. quòd ſi ignorans non prædixerit, non teneri. Iulianum etiam ſenſiſſe de eo, qui pecus morboſum, aut tignum vitioſum vendidit, refert Ulpianus, *L. Iulianus. eo. titu.* ut ſciens omnia præſtet emptori detrimenta. Ignorans verò ad id tantùm teneatur, quanti minoris eſſet empturus. Sed in doliis aut vaſis vitioſis nihil differentiæ inter eũ qui ſciens, & eum qui ignorans vendidit, locavitve, Pomponius & Ulpianus conſtituerunt. *l. Tenetur.* §. *Si vas. eo. tit. l. ſed addes. locat.* Sed diſtinguendum eſt ut venditor, qui facilè vitium ſcire poterat, in id quod intereſt teneatur, etiamſi de rei integritate nihil affirmaverit. ſin autem hujuſmodi ſit vitium, ut cognoſci facilè non potuerit: is ignorantia excuſetur. Præterea tenetur venditor ea præſtare, quæ venditioni acceſſura dixit, *L. penultima.* §. *fin. de action. empt.* non integra, ſed

ſed qualia erunt, ſi ſe ad ſpecies certo loco incluſas obligavit, modò expreſſus ſpecierum numerus integer præſtetur. *l. Si venditor. in prin. eo. tit.* Sed non ille ad id tenetur quod ipſe ignorabat cum emptor ſciret, *l. Si minor. C. eo.* Imò quamvis non ignoraverit: ſi tamen emptor ſcierit, non videtur eſſe cælatus, nec certiorari debuit. *l. 1. in fi. eo. d. l. Iulianus.* Quod ſi uterque neſcierit, quantò minoris empturus erat actione ex empto à venditore conſequetur emptor. Videtur autem Cajus æſtimatorium judicium, id eſt, quantò minoris emptori dare contra venditorem, qui de mancipio affirmaverit. *l. Si quid venditor. de ædili. edict.* At loquitur de quantò minoris æſtimatoria actione appellata, *l. Bovē.* §. aliquā *de ædilit. edic.* quā ædiles in duob. caſib. invenerunt, vel cùm alicujus animalis venditor, illius non animi *l. 1. circa fin. de ædil. edic.* ſed corporis vitium cælavit, *l. Aediles ajunt. de ædilit. edic.* vel de ipſo animali falſa quædā affirmavit. *d. l. ſi quid vend.*

Qui-

Quibus etiam caſibus redhibitoria prodita eſt actio. *d. l. 1. verſi. 1, in fin. de ædil. edict.* Sed cùm civilis empti actio plenior ſit, ad id quod à vẽditore cælatum eſt, conſequendum, *l. 1. §. 1. de act. empt.* ad idque quod falſò affirmatum eſt, cùm in eam, id omne quod intereſt veniat: *d. l. Si minor.* ſuperflua & inutilia videntur hæc prætoris remedia. Sed obſervandum eſt actionem redhibitoriam in duplum ſemper competere, cũ omnia non redhibentur. *l. Redhibitoria. de ædil. edict.* Actio verò ex empto in id tantùm, quod emptoris intereſt, ut diximus, quod licet ad duplum aliquando æſtimetur: *L. unic. C. de ſent. quæ pro eo. &c.* oſtendit tamen Ulpianus illud interdum non egredi ſimplũ. *l. 1. de act. emp.* At quantò minoris actionem introductam eſſe arbitror propter animalis venditi damnum, quod cùm quotidie committi poſsit, in obſcuro eſſe dicitur, *l. Evicta re. §. fi. de evict.* cujus nomine totiens agitur, quotiens committitur *l. Si procurator. rem*

rat.

rat. habe. Sed & inſpiciendum eſſe re-
or, quod vulgò dicitur, difficilem eſſe
ejus quod intereſt probationem. *L. fin. de præt. ſtipul.* Nam inde conſtare vide-
tur commodius fore in omnibus rebus
venditis vel redhibitoriam, vel quan-
tò minoris actionem intendere. *l. Sciendum. 2. de ædilit. edict.* Deinde hæc a-
ctio empti datur ad quanti plurimi ac-
ceſsionem, quæ dicitur utilitas circa
rem. *L. Si ſterilis. §. Cum per vendito. de act. emp.* verùm ea non debetur, niſi
mora commiſſa. Mora verò commit-
ti videtur, cùm nulla difficultas vendi-
torem impedierit, quò minus traderet.
L. 3. §. Si per. eo. tit. Cùm igitur vendi-
tor, qui pretio accepto, vel cui alio mo-
do ſatisfactum eſt, rem non tradit, non
poſsit non eſſe in mora: condemnari
debet, utro tempore pluris res fuerit,
vel quo vænit, vel quo lis in condem-
nationem deducitur, id eſt vel tem-
pore contractus, vel eo, quod à lite
conteſtata ad rem uſque judicandam
currit.

currit. Competit quoque hæc actio ad fructuum reſtitutionem, etiam eorum, quibus jam maturis ager diſtractus eſt, niſi aliud convenerit. *L. Iulianus.* §. *Si fructibus. eod.* In omnibus enim bonæ fidei judiciis fructus omni modo præſtantur, & quidem ex mora. *l. videamus.* §. *ſi actionem. de uſur.* Datur etiam hæc actio evicta re vendita, ad id quod intereſt. *l. Evictare. de evict.* quamvis de evictione nihil convenerit. *d. l. Emptorem.* §. *Caſſius ait.* Sunt autem aliæ duæ actiones, quæ evictionis nomine competunt. Alia ex ſtipulatu, in ſimplum, duplum, triplum, vel quadruplum concepta, *l. Si dictum. l. Lucius.* §. *fin. de evict.* quæ tunc committitur, cum emptor propter evictionem rem habere non poteſt. *l. Si ſervus vend. de evict.* Alia evictionis dicitur actio, *l. Cum plures. de evict.* quæ emptioni ex ipſius natura ineſt etiam ſine ulla cautione.

Et

Et hæc quidem ſimplæ actio à Pomponio appellatur, *l. Hoc jure. de evict.* quâ præter ſimplam nihil à venditore evictionis nomine petitur: Alioquin erit actio ex empto, ſi hoc quod intereſt petatur *l. Si in venditione. de evict.* aut duplo ſi ob id ipſum quod evictum eſt, in duplum agatur. *d.* §. *Caßius. &. l. 2. de evict.*

Nunc de venditi actione dicamus. Actio venditi datur venditori ad ea conſequenda quæ ipſi ab emptore præſtanda ſunt. *l. Iulianus.* §. *ex vendito.* Et primum quidem ad nummos competit, quos illius facere emptor cogitur. *l. ex empto.* Quia nummi qui certi ſunt, *l. 3. de in lit. jur.* in obligationem ejus quod intereſt, quæ omninò eſt incerta, *l. fin. Si quis in jus vocat.* converti non poſſunt. *l. Fin. a contra. ſenſu. de præſtip.* Hæc igitur actio ad pretium exigendum *l. Venditi. C. eo.* pertinet: nec prius ex empto agitur, quàm pretium ab emptore ſolutum ſit, aut certè oblatum, *l. Iulianus.* §. *Offerri. eod.* vel etiam depo-

depoſitum. *L. Si ſoluturus. in fin. de ſolut.* Datur quoque hæc actio ad uſuras pretii poſt diem traditionis. Nam cùm re emptor fruatur: æquiſsimum eſt, eum pretii uſuras dependere *d. §. Ex vendito.* quamvis nulla mora intercesſerit. *L. Curabit. C. eo.* Prius autem exigi ab eo uſuras non decet, quàm ipſi res tradita ſit, cùm fructus non perceperit. *l. Libertatis. de uſur.* Præterea competit hæc actio ad reſtitutionem fructuum ante venditionem contractam perceptorum, qui cum venditioni non acceſſerint, eos emptor invaſit. *L. 2. C. eo.* Datur etiam ad ſumptuum repetitionem, qui in re diſtracta facti ſunt. *l. Iulianus. §. Præterea. eo.* Et ad conſequendũ quantò pluris res valeret, ſi quod ex ea tempore contractus ablatum erat, venditorem non latuiſſet. *d. l. Iulianus. §. Si venditor.* Veriſimile eſt enim id venditum ab illo non fuiſſe. *l. Tenetur.* Deinde competit hæc actio ad id omne, quod ab emptore prȩſtari convenit: ad idque implendum quod pepigerunt.

l. Qui fundum. de cont. emp. maximè ſi vilius ideò fundum vendiderint, *l. Fundi partem. de contra. empt.* Tum ſi minus id, de quo convẽtum eſt fiat, ad id quod intereſt ex vendito agetur. *l. Prædia. de act. empt.* Datur etiam venditori, ſi emptoris dolo res minoris diſtracta ſit. *d. §. Si venditor.* Eſt enim à bona fide (quæ in hujuſmodi contractibus exigitur. *L. Si dolo. C. de reſcind. vendit.*) alienum, alicui ſuam prodeſſe machinationem. Poſtremò actiones illæ ad reſolvendum contractum dantur. *l. Ex empto. & al. de act. empt.*

AD L. II. §. MVTVI *datio. Si cert. peta.*

CAP. XIII.

MUtui datione contrahitur obligatio. In his autem rebus mutui datio conſiſtit, quæ pondere, numero, menſurave conſtant. Earum enim rerum datione

datione mutuum contrahitur, quia tam in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem, quàm ſpecie. Res autem funguntur, quæ ad eum uſum conferuntur, cujus gratia comparatæ ſunt, hoc eſt (ut eleganter Duarenus explicat) cùm dantur, ſolvuntur, aut conſumuntur. Sic in epitome ex Ulpiani libris collecta legimus, dotem, quæ ſemel functa eſt, amplius fungi non poſſe, id eſt, dotem, quæ in prius matrimonium data eſt, in eum ſtatum reverti, ac in poſterius matrimonium aliter converti non poſſe, quàm cùm (inquit Paulus *L. Dotem quæ. de jur. dot.*) hoc agitur. Et apud eundem Ulpianum *L.* 3. *de collat. dot.* dotis collatione fungi notavimus. Verendum autem eſt, ne non recipi hæc interpretatio poſsit. Nam quamvis (ut quidam ex ea colligũt) videatur Paulus alias res diſtinguere, quarum ſolutio rectè fit in ſpecie, ab iis quæ in ſuo genere ſolvuntur, nõ in ſpecie: quis eſt tamẽ, qui non abſurdum eſſe videat, dicere res ſolvi

in ſuo genere per ſolutionem? Equidẽ obſervandum arbitror, hæc verba *fungi, & functionem recipere*, multiplicis & variæ ſignificationis eſſe: ut rectè explicari nequeant, niſi accommodentur ad rem de qua agitur. Nam & rerum pretia non ex affectu, nec utilitate ſingulorum, ſed communiter fungi dicũtur, cum æſtimantur. *l. Pretia rerum. ad leg. falcid. & l. Si ſervum ad leg. Aquil.* Nummorum enim, qui rerum pretia conſtituunt, vera ſubſtantia in æſtimatione & valore conſiſtit: & eum fungi Valla oſtendit, qui officium ac munus aliquod obit. unde Plautus. *Te abſente hic munus fungitur tuum*, id eſt tuas partes agit. & pœna fungi dicitur is, qui pœnam patitur, *l. in metallum. de pœnis.* fungi pignoribus, qui dat pignora. *l. Prætoria. de præt. ſtipu.* fungi depoſitione auri, qui aurum deponit. *d. l. prætoriæ.* fungi tributione, qui tributum ſolvit penſitatque Reipublicæ: *l. Filii. ad munici.* & functiones appellantur præſtationes. *l. 3. de mun. & hon. l. 1. & fi. C. de*
pri.

pri. do. lib. 11. Eſt autem mutui natura in eo tota, ut res quæ data eſt, ejuſdem naturæ & qualitatis reddatur, adeò ut res quæ à debitore ſolvente venit, ſic creditoris fiat, quaſi ab eo nunquam profecta eſſet illa, cujus ratione in creditum prius itum eſt. Nam earum rerum mutuum eſſe dicitur, quarum adeò cōmutabilis eſt natura, ut altera alterius omninò vicem ſuppleat, & quæ (ut ait Paulus *l. Certum eſt. hoc tit.*) tantundem præſtant. Eſt igitur in mutuo rerum quæ pręſtantur ſolvunturque, commutatio quędam, ut rectè Papinianus. *l. Sed ſi certos. 51. de lega. & fidei.* 1. dixerit. *Si* certos nummos, veluti quos in arca habeo, aut certam lancem quis legaverit: non numeratam pecuniam, ſed ipſa corpora nummorum vel rei legatæ contineri: neque permutationem recipere, & exemplo cujuslibet corporis æſtimanda eſſe. Verùm ipſe (mea ſententia) eodem ferè ſenſu permutationem recipere, quo Paulus, functionem ſcripſit. Mutuus enim uſus & viciſsitu-

Digitized by Google

ciſsitudo pecuniæ numeratæ, aliarumque rerum, quæ pondere, numero, mẽſura conſtant, permutatio quædam eſt. Atque illæ ſic fungi dicuntur ut non ſpecies ipſæ, ſed eadem genera mutua vice quodammodo permutentur. Vis autem ſola in ſolutione conſiſtit, quia res redduntur, quæ tantundem præſtant. Hæc interpretatio clarè & ad Pauli ſententiam appoſitè hunc locum explicat.

CONCILIATIO VLpiani & Africani reſponſorum.

CAP. XIV.

VLpianus lib. 31. ad edictum *L. Singularia. 15. Si cert. petat.* ex ea cauſa creditã fieri pecuniam, ſi tibi debitorẽ meum juſſero dare pecuniam, ſcribit: idq́ue benignè receptum eſt. videtur enim pecunia à me ad te profecta, cum

convenerit, ut crediti nomine eam retineas: ideoq́ue mutuum contrahitur, mihiq́ue obligaris. Nec enim rei præſentiam nec rem paratam mutui contractus exigit, ſed ſatis eſt rei dominium creditoris eſſe, quod in debitorem re vera trãsferat. Quamvis autẽ reipſa, nummi qui á debitore proficiſcuntur, creditoris nõ ſint: quia tamen eos creditori ſolviſſe videtur debitor, eoſdemq́ue per eum creditor alteri dediſſe; in creditum itur, & is qui accepit ex mutuo obligatur. Nec diſſentit Africanus *L. Qui negotia.* 34. *Mandat.* ſi tota lege perſpecta, quid ipſe ſentiat perpendamus. *Cũ Lucii Titii procurator*, inquit, *à debitorib. ejus pecuniã exegiſſet, epiſtolã ad eum miſit, qua ſignificaret certam ſummã ex adminiſtratione apud ſe eſſe, eamq́; creditã ſibi ſe debiturũ cum uſuris ſemiſsib.* In ea ſpecie Iureconſ. creditam eſſe pecuniam, atque mutui actione procuratorem teneri negat, alioqui dicendum eſſet, ex omni contractu, nuda pactione pecuniam creditam fieri poſſe.

Digitized by Google

Nam hæc ſpecies illi quam tractat Ulpianus, ſimilis non eſt. Alium enim pecunia ex mutuo debita non obligat, niſi cui tradita & acquiſita ſit, quia ſine traditione mutuum non contrahitur. Ut autem rei dominium ad alium trāſiiſſe videatur: eam certè à domino profectam eſſe oportet. Itaque cum debitorem meum pecuniā tibi dare jubeo: videor quod meum eſt in te transferre. Qui verò mea procurans negotia, pecuniam á debitoribus meis exigit, licet mandati nomine teneatur, pecuniam tamen à me creditam non accepit, nec ideò mutui obligatur. Nulla enim à me facta traditio intelligitur, cùm debitores mei pecuniam procuratori nō tanquam ejus futuram dederint, ſed tanquam ad me venturam. Non autem ex omni contractu nuda pactione, cui ſcilicet nulla acceſsit traditio, pecunia credita fieri poteſt. At ego procuratori meo nec juſſeram, nec permiſeram, crediti nomine pecuniam illam habere, ſed is ſimpliciter tantùm promiſe-

rat

rat mihi, eam ſe debiturum cum uſuris ſemiſsibus. Unde conſtat ineptè ſcholaſticos Doctores diſtinguere, pecunia ſit præſens an non: parata ſolutioni, an non ſit. Nec enim mutuum hanc diſtinctionem requirit, ſed ſatis eſt rem dantis eſſe, eamque accipientis fieri. Sed & ineptius illud videtur, quod docti quidam viri finxerunt intereſſe, an res ſit apud eum qui nudo pacto vult illam crediti nomine habere, an verò ipſam conſumpſerit: Atque Africanum interpretantur in ea ſpecie, in qua pecuniam ad uſus ſuos ignorante Titio cõverterat procurator. Nam ſi quis Africani reſponſum propius inſpexerit, ipſum de eo facto conſultum fuiſſe intelliget, in quo dicebatur pecuniam apud procuratorem fuiſſe, cum epiſtolam ad dominum mitteret: ut verius ſit, ſive adhuc extet, ſive conſumpta fuerit à procuratore pecunia: ipſam in ſpecie Africano propoſita, creditam non fieri. Ratio autem eſt in promptu, quia inter dominum & procuratorem

Digitized by Google

nullus interceſsit contractus, ex quo in creditum iretur.

AD L. CERTI IVris. C. locati.

CAPVT XV.

Eo jure utimur (inquit Neratius *L. Eo jure ex quib. cauſ. pign.*) *ut quæ in prædia urbana inducta illata ſunt, pignori eſſe credantur, quaſi id tacitè convenerit. In ruſticis prædiis contrà obſervatur.* Cujus ſententia neque Paulo, neque Ulpiano diſplicuit. *L. item quia. de pact. l. licet. Ex quib. cauſ. pign.* ii enim cum de obligandis tacitè invectis illatis agunt, diſertè ac ſpeciatim prædia urbana nominant, nec generali verbo utuntur. Neque verò diſſentit Iuſtinianus *L. ult. C. ex quib. cauſ. &c*, cum generaliter res conductoris illatas tacitè obligari nõ ſentiat, ſed jus invectarum à conductore rerum, quæ domino pro penſio-

penſionibus tacitè obligãtur, nõ ſolùm in utraq; Roma & territorio locum habere, verùm etiam in provinciis. Ejus itaq; conſtitutionem ad urbana prædia ſoloſque inquilinos pertinere conſtat. Differentiæ autem ratio inde apparet, quòd prædium ruſticum non habitandi cauſa, ſed fructuum percipiendorum conducatur: ideoque fructus qui in eo naſcuntur, tacitè pignori eſſe domino fundi locati intelligantur, etiam ſi nihil convenerit. *l. in prædiis. ex qui. cauſ.* Urbanum verò prædium ſine fructus accreſcentis ſpe, ob habitationem conducitur. Quare in illud ipſum inducta illata pignoris jure tacitè obligãtur: quamvis ſimpliciter invecta ſint, neq; expreſſa hypothecę mentio facta ſit. Res autẽ à colono in prædium inductas, non aliter obligari traditum eſt, quám ſi nominatim atque ſpeciali conventione in pignoris cauſam in fundum inferantur, pactoque adjecto pro penſione domino fundi obligentur. *Theoph. in §. Item Serviana. inſtitut. de action.*

Itaque

Digitized by Google

Itaque tum demum obligatio locum habet: cum res coloni ut ſint & quaſi inhabitent in prædio, invectæ illatæ ſunt, *L. In prædiis. §. videndum. ex quib. cauſ.* nec eas in fundum inductas eſſe dominus ignorat. Ita reſpondit Cajus, *L. Potior. §. Si colonus. Qui potior. in pigno.* atq; imperatores Dioclet. & Maximia. reſcripſerunt. *L. Si non inducta. C. ex quib. cauſ. tac.* Deſideratur enim domini voluntas (quæ ex ſcientia venit) atque expreſſa conventio, qua ſpecialiter invectæ res pignoris nomine obligentur. Hanc noſtram opinionem vulgari doctrinæ contrariam probat Alexander in hac conſtitutione: nam dominorum ſcientia & voluntate (habet enim & voluntatem ſcientia *L. 1. Si famil. furt. fecis. dica.*) à colonis invecta illata pignoris jure dominis prædiorum teneri ſtatuit. Huc quoque pertinent Pauli & Ulpiani reſponſa. Scripſit enim ille, *l. Si in lege. 24. §. Si colonus. Locat.* ſi cui prædium colonus locaverit, poſterioris conductoris res domino

non

non obligari: hic verò *L. Solutum. §. ſolutam. de pign. act.* frivola cæteraque ab eo inducta, qui certam domus partem ab inquilino conduxit, tacitè domino teneri reſpondit. Prædii autem urbani appellatione, urbanam intelligo villam, id eſt amplam & ornatam, licet ruri poſitam; quæ ad habitandum maximè conducitur, ut fundus exiguus ei acceſsio ſit, *L. Quid tamen. Quib. mod. uſuſ. amitt.* & magis voluptate afficiat, quàm reditibus locupletet. In hanc enim illatæ res domino pignoris nexu obligantur, qui ad pauciſsimos fructus parem penſioni recurſum non haberet. Sed & ruſtica quædam prædia ſine fructibus ſunt, quæ in cauſa pignoris non multùm ab urbanis differunt: cujuſmodi ſunt ſtabula ab ædificiis remota. *d. l. Eo jure. §. fin.*

AD L. QVINQVE pedum. C. finium regundorum.

CAP.

Digitized by Google

CAP. XVI.

VT certa perpetuaque confinium agrorum diſtinctio eſſet, & ne ulla de finibus controverſia inter vicinos moveretur: voluerunt Decemviri ſpatium aliquod medium relinqui, quod liberum ſemper eſſet & commune: illudque nunquam uſucapi ſtatuerunt. Ipſum autem fuit quinque pedum, ut præclarè M. Tullius Cicero libro primo de legibus ſcribit. *In controverſia* (inquit) *de finibus uſucapionem* XII. *tabulæ intra quinque pedes eſſe noluerunt.* Poſtea lex Manilia lata eſt, qua conſtitutum fuiſſe ex eodem Cicerone collegi, ut quoties de his quinque pedibus controverſia eſſet, eligeretur arbiter ſive agrimenſor, qui eos regeret, arteq; ſua terminaret. Si de majore ſpatio quærebatur: de loco, nō de fine lis eſſe dicebatur, & ut loci controverſia, quòd uſucapi poſſet, exēplo aliorum judiciorum apud magiſtratum peragebatur. Qua de re Iulius Frontinus

nus Conſtantini reſcriptum refert, quo arbitrum, finalem controverſiam, cùm intra quinque pedes locum de quo agitur apud Præſidem, eſſe conſtiterit, dirimere poſſe, cōſtitutum eſt. De majore autem ſpatio cauſam, quæ non finalis, ſed proprietatis eſt, apud præſidem debere terminari. Extat enim & apud eundem Frontinum, & in codice Iuſtinianæo Theodoſii conſtitutio, quam enarravit doctiſsimus I. C. Andreas Alciatus, & ea duobus modis ſublatam quinque pedum præſcriptionem exiſtimat. Nam primùm illam explicat de uſucapione quinq; pedū, quā & olim ſuſtulerant leges XII. Tabularum. Tum de præfinitione, quam non debere obſervari, ſed ab ipſo termino, finium menſuram ordiri ſentit. Verùm clariſsimus juris Romani veterumq; legū interpres Franciſ. Balduinus, priorē interpretationem ex Iuſtin. mente qui reſcriptum illud in ſuū codicē retulit, magis probat. Ego verò Theodoſium eam edidiſſe conſtitutionem, ut id tol-

lere

Digitized by Google

leret, quod jam XII. Tabul. lege ſublatum erat, non opinor, ſed ipſum voluiſſe, ut nulla quinque pedum exceptio ſeu præſcriptio objiceretur, verùm liberè de agrorum finibus, vel de locis apud magiſtratum ageretur. Is igitur diſtinctionem, quam fecerat Cõſtantinus, corrigit: aut certè hujus cõſtitutionem latius extendit: ut ſive locus intra quinque pedes conſiſtat, ſive majus ſit ſpatium, mota de finibus cõtroverſia liberè, id eſt (ut interpretor) ordinariè apud magiſtratum peragatur. Movet me ut ita ſentiam, tituli hujus inſcriptio, quæ eſt *Finium regundorum*, non *de uſucapionibus*, tum præſcriptionis ſignificatio, quam pro exceptione accipi titulus Digeſtorum de exceptionibus, præſcriptionibus, & præjudiciis oſtendit, & Quintilianus lib. 7. cap. 6. *Eſt enim duplex* (inquit) *ejus diſceptationis conditio quòd aut intentio, aut præſcriptio habet controverſiam*: & Ulpianus atq; Paulus exceptionis ac præſcriptionis nominibus indifferenter utun-

utuntur, *L. an vitium. & l. creditor. de diverſ. tempo. præſcr. &c.* expreſsè adeò, ut aliorum authoritate opus non ſit. Denique ipſius conſtitutionis verba meam diſertè ſententiam probant: quę ideo ſubjecit: *Quinque pedum præſcriptione ſubmota, finalis jurgii, vel locorum libera peragatur intentio.*

AN IN USUCAPIO- *nibus à momento ad momentum, an verò totus noviſſimus dies numeretur.*

CAPUT XVII.

EX continuata poſſeſsione uſucapio perficitur. ſed quomodo ea procedat, & quouſque exigatur, non ſatis inter juris authores convenit. Ulpianus *in uſucapionibus* (inquit *L. In uſucapionibus. 6. & ſeq. de uſucap.*) *non à momento ad momentum, ſed totum ad poſtremum diem computamus* (ſic enim hunc locum

 reſti-

reſtituit & legit Haloander.) *Ideoq́ qui hora ſexta diei Calendarum Ianuariarum poßidere cœperit, hora ſexta noctis pridie calendas Ianuarias implet uſucapionem.* Solebant enim Romani à media nocte diem incipere, eamque horam ſextam noctis, ſicut horam ſextam diei, meridiem vocabant. Sed Venulejus, *In uſucapione* (ait *l. in uſucapione. de diver. temp. præſcr.*) *ita ſervatur, ut etiamſi minimo momento novißimi diei poſſeſſa ſit res: nihilominus repleatur uſucapio: nec totus dies exigitur ad explendum conſtitutum tempus.* Equidem ipſos jureconſultos non contraria, ſed diverſa potius ſcribere exiſtimo. Sentit Ulpianus, ut uſucapionis tempus non à momēto ad momentum, ſed totum ad poſtremum diem computetur, id eſt ut currat & progrediatur ad noviſsimum uſque diem, in eoque perficiatur uſucapio, non autem ipſa poſſeſsionis momenta, primum ſcilicet ac ultimum ſibi correſpondentia obſerventur. Ait autem Venulejus ſatis eſſe, ut minimo momento

mento noviſsimi diei poſſeſſa ſit res, nec totum diem ad explendum conſtitutum tempus exigi, id eſt ut cum tempus continuatæ poſſeſsionis ad noviſsimum diem pervenerit perfecta cenſeatur uſucapio, nec expectetur donec totus ille dies elapſus ſit. Potius igitur interpretari, quod Ulpianus ad diem poſtremum computari uſucapionis tempus dixerat, videtur Venulejus, quàm contrarium aliquid ſcribere. Eſt alia difficilior in hac diſputatione quæſtio, an in dilationibus & tēporalibus actionibus aliud ſtatutum ſit. Sed de ea libro ſequenti dicturus ſum, atque nullum diverſum jus à Romanis in perficiendis his præſcriptionibus obſervatum fuiſſe contra omnium interpretum ſententiam probaturus. nam quod Paulus *L. in omnibus. de obliga. & act.* totum noviſsimum diem impleri vult, non ſic accipiendum eſt, ut ſcholaſtici doctores arbitrantur, ſed ut ipſe alio loco interpretatur.

DE CRIMINALI *& civili judicio.*

CAP. XVIII.

Omnia judicia (inquit Cicero *in orat. pro Cecinna*) *aut diſtrahendarum controverſiarum aut maleficiorum puniendorũ cauſa reperta ſunt. alterum quidem levius eſt, propterea quòd & minus lædit, & perſæpe diſceptatore domeſtico dijudicatur: alterum vehementiſſimum, quod & ad graviores res pertinet, & non honorariam operam amici, ſed ſeveritatem judicis ac vim requirit.* Ad maleficia verò vindicanda vel læſo rei familiaris damnum perſequi, vel cuivis è populo nocentem accuſare licet: ut is, cujus audacia reipublicæ tranquillitatem perturbavit, legitima pœna, vel alia extra ordinem, magiſtratus arbitrio infligenda coerceatur. hinc civiliter, aut criminaliter agere quis dicitur. *L. ult. C. &* §. *in ſumma, inſtit. de injur.*

injur. l. Ordo. de pub. judic. Et Dig. tit. de extraor. cri. l. ſac. l. 1. *de crim. expilat. hæred. l. lex repetund.* Civile autem judicium appello, quod imperatores Diocletianus & Maxim. pecuniarium vocant. *L. interrogari. C. de quæſt.* Hoc enim aliò non pertinet, quàm ut æſtimatione facta damni, quod actor perpeſſus eſt, pœna reo imponatur. Et nihil quidem intereſt, an quis publicam cauſam ſuſcipiens, pecuniariam condemnationem conſequatur, an verò de privata injuria, damnove ſuo quis agat, ut enim civile judicium dicatur, ſatis eſt ipſum ita tractari, ut magis ad reſarciendum detrimentum, quàm ad pœnam irrogandam inſtitutum videatur, unde ſæpius pecuniaria lis, & criminale judicium opponuntur. *L. Properandum. C. de judic. l.* 1. *de teſtib.* Iudiciorum autem criminalium duo ſunt genera, quædam privata, quædam publica. Privata dicuntur, quæ licet criminis perſequutionem contineant, non tamen ex legibus publicorum judicio-

diciorum deſcendunt. Iudicia verò publica dici conſtat, quæ, ut vigor publicæ diſciplinæ poſtulat, exercentur, *L. locatio.* §. *Quod illicitè. de publican.* ſive quæ ad continendam & conſervandam reipublicæ tranquillitatem conſtituta ſunt. Licet autem publica quoque dici judicia poſsint ea, quæ privatam criminis perſequutionem continent: quod Reipub. interſit, ut cujuſque cohibeatur mala mens, maluſque animus, qui humanam ſocietatem, & vitæ quaſi cõmunitatem violare voluerit: rarò tamen ita appellari legimus. Iudicia publica eſſe ea Ulpianus ſcribit, *L. 1. de public. judic*, quæ ex legibus publicorum judiciorum veniunt, id eſt, ex iis legib. quæ hujuſmodi quæſtiones ad populum pertinere voluerunt. Dicta ſunt autem publica, quòd cuivis ex populo executio eorum plerunque datur. §. 1. *Inſt. de public. judic.* vel (ut is ipſe Ulpianus *L. palam.* §. *Senatus cenſuit. de ritu nupt.* ſcribit) quòd iis cuilibet ex populo experiri licet, niſi ſi cui lege aliqua,

accu-

accuſandi publico judicio non eſt poteſtas. Unde conſtat eos falli, qui Iuſtiniani ideo reprehendunt interpretationem, quia etiam popularibus actionib. ea convenit. Nam populares actiones, publicas quoque Paulus vocat. *In popularibus* (inquit *L. Eum qui. §. in popularibus. de jurejur.*) *actionibus juſiurandũ exactum ita demum adverſus alios prodeerit, ſi bona fide exactum fuerit. Nam & ſi quis egerit, ita demum conſumit publicam actionem, ſi non per colluſionem actum ſit.* Et inter populares quidem actiones, & publica judicia hoc intereſſe videtur, quòd illæ pecuniariæ ſint ſuum jus populo tuentes: *L. 1. de popul. act.* hæc verò accuſationem contineant, criminaliaque ſint. Equidem non temerè veteres Romanæ Reipub. principes voluiſſe exiſtimo, ut ſi quæ de his maleficiis decernendæ eſſent quæſtiones: populus ipſe ſtatueret, qua ratione in eũ animadverteretur, qui ſua temeritate jus publicũ, civitatiſq; legẽ læſerat. Ideoq; certas leges ferre oportuit, ut

majori cura & religione ea tractarentur & exercerentur judicia, nec quid fieret quod non publica diſciplina permitteret. Sed dubitant plerique, quid apud Iuſtinianum dictio *plerunque* excipiat. Alii eam adjectam eſſe opinantur tum propter partus ſuppoſiti actionem, quæ parentibus tantùm conceditur, *L. Lege Cornelia.* 30. §. 1. *ad l. Corn. de Falſ.* tum propter adulterium, in cujus executione nonnulli jure quodam ſpeciali præferuntur. *L. Quamvis. C. ad Iul. de adult.* At eorum ſententia placere mihi non poteſt. Quamlibet enim publicum judicium à quocunq; exerceri poſsit: ſunt tamen quædam perſonæ quæ aliis præferuntur. *l. Si plures. de accuſ.* Verùm probabilior mihi eorum non videtur opinio, qui dictionem *plerunq;* propter legis Iuliæ de annona, & legis Iuliæ de reſiduis judicia adjectam eſſe putant, quia eorum non eſt criminalis, ſed pecuniaria executio. Nam hæc eſt noſtri Iuſtiniani mẽs, hic ſenſus & interpretatio, ut cui-

libet

libet ex populo hoc judicium exercere plerunq; liceat: nec ipſe dubitat, an criminaliter omnia, an verò civiliter tractari judicia poſsint. Mihi placet Theophili explicatio, qui dixiſſe *plerūq;* Imperatorem ideo ſcribit, quia quædā perſonæ ſunt, quibus publico aliquem judicio poſtulare permiſſum non eſt. Ejus enim ſententia Ulpiani authoritate confirmatur, qui ſic lib. 3. ad l. Iuliam & Papiam *d. §. Senatus.* ſcribit. *Senatus cēſuit non conveniens eſſe ulli ſenatori, ducere uxorem aut retinere damnatam publico judicio: quo cuilibet ex populo experiri licet, niſi cui lege aliqua, accuſandi publico judicio non poteſtas.* Dividit autem Iuſtinianus publica judicia in capitalia & nō capitalia. Capitalia ſunt, quæ vitam vel æſtimationem alicujus ita minuunt, ut is civis eſſe deſinat: veluti ſi ſummo ſupplicio afficiatur, ſi in metallum damnetur, ſi in inſulam deportetur, ſi aquæ & ignis interdictione puniatur. *l. Rei capitalis. & l. Capitalium. de pœnis.* Nam cętera (ut ſcribit Paulus *l. 2. de publ. judic.*)

 non

non exilia, ſed relegationes propriè dicuntur. tunc enim & civitas retinetur. Nõ capitalia ſunt judicia, ex quibus pecuniaria, aut in corpus aliqua coercitio pœna eſt, veluti relegatio ad tẽpus, vel in perpetuum, vel in inſulam: vel cùm in opus quis publicum datur ad tẽpus, vel cùm fuſtium ictui ſubjicitur. Supereſt ut dicamus de civilib. judiciis. Eorũ autem alia ſunt, quæ privatum agentis cõmodum reſpiciunt, ut furti actio, cõdictio furtiva, & aliæ hujus generis actiones. Alia ſunt judicia. quæ popularia vocantur, quia cuivis è populo dantur: quorum nonnulla privatam potius injuriam continent, ut ſepulchri violati actio, quæ in primis datur ei, ad quem res pertinet: quo ceſſante, cuique ejus conceſſa eſt perſequutio *l. Sepulchri violati. 6. de ſepul. viol.* Quædam verò ad commodum publicum maximè pertinent, ut actio quæ adverſus album prætoris corrumpentem datur. *l. Si quis id quod. de juriſd.*

Finis libri tertii.

INDEX CAPITVM SEV legum Iuris civilis, quæ in his libris explicantur, atque rerum inſigniorum, quæ in iis etiam tractantur.

LIBRO PRIMO.

Cap. prim. De iure naturali, gentium & civili, ad titulum primum Pandect. Fol. 1.

Qva ratione ius à iuſtitia appellatum eſt. fol. eod.

Quomodo ars in iuris definitione accipitur, quid eſt ars iuris, quid etiam bonum & æquum. 2

Vnde collectũ eſt ius publicum ibid.

Quid ſit ius illud, cui quis operam dat eod.

Iuris diſtinctio enarrata fol. 3

Explicata Vlpiani ſententia de iure naturali eod.

Quid ſit ius gentium, & quare ius naturale aliquando dicatur 4

Servitus licet contra naturam eſſe dicatur, eſt tamen naturali ratione inſtituta eod.

Prodita eſt iure gẽtium naturalis obligatio eo. 5. & 6

Enarratio ca. 3. eius tit. & ratio qua intelligitur cuius iuris ſit vitæ corporiſq; defenſio 5. 6

Diſtinctio iuris gentiũ à naturali, & eorum ſententiæ confutatio, qui duplex ius naturale faciunt eod.

Explicatio cap. 5. eius titu. 7

Reſponſum ad quandam quæſtionem de emptionis origine eod.

Enarratio l. Si quod. de condict. indeb. 8

Quid ſit ius civile, & in quo a cæteris diſſentiat 9. & 10

De

De lege regia ad ca. prim. de conſtit. princip. cap. 2. fol. 10.

QVando lex regia lata ſit, quam imperatoribus poteſtatem tribuerit. & unde dicatur, fol. 10

Explicatio l. De quibus, de legibus, 11

Ad titulos de juriſdictione & officiis magiſtratuū. ca. 3. fol. 11.

PRætorem aliumve magiſtratum dici quoque iudicem 12

Explicatio l. ſi idem. de iuriſdict. eod.

Explicatio ca. 1. & 3. de offi. proconſ. & legat. 14

Quid ſit legis actio, & quomodo eam legatus proconſulis habere dicatur. eod. & 15

L. 1. de offi. eius cui, &c. & l. legati. de offi. proconſul. conciliatio. eodem

Enarratio verſi. veritas. cap. 6. tit. de offi. præſid. & authoris ſententia de ea quæſtione, an iudex ſecūdum conſcientiam, an verò ſecundum allegata & probata iudicare debeat eodem,

Explicat. cap. 4. de offic. aſſeſſo. 16

Explica. cap. 9. de iuriſdict. eiuſq́; conciliatio cum l. illud. ad l. Aqui. eo. & 17

Diverſitatis ratio inter damnum & furtum eodem

De pact. Cap. 4. fol. 19.

PActi definitio & diviſio ad ca. 1. de pact. eodem

Vnde dicatur pactū eod.

Duplex pactum, conventum & iuſtum. illud nudum, hoc legitimū etiam appellatur 20

De vi pacti ad cap. 27. de pact. 21. & 22

Ex-

Explicatio horum verborum, in ſtipulationibus ius continetur: in pactis factum verſetur 22
De pacto & ſponſione. eod. & 23
Ex pacto nudo non naſcitur actio eodem
Conſtitutum actionem, non ut pactum geminatum producit eod.
Sponſionis verbo ſtipulatio intelligitur 24
Explicat. l. unic. C. de ſuffragio eod.
De ſervitutibus. Cap. 5. fol. eod.
Explicatio cap. 9. de ſervitut. eiusq; conciliatio cum l. Si via. de ſervit. ruſtic. præd. eod. & 25
Differentia itineris, actus, & viæ. Ad cap. 13. de ſervitut. eod.
Ad cap. 14. de ſervit. 26
An ſervitutes uſucapiantur eod. & 27
De lege Scribonià eod.
Quomodo intelligatur cauſa ſervitutum 28
Ad l. ſi priuſquam. de o-oper. nov. nuntiat. eod.
Negativa & confeſſoriæ actio pro ſervitutibus eod. & 29
Vera explicatio actionū, quæ ſervitutum nomine competunt 29
Declaratio ſervitutum altius tollendi, & altius non tollendi fol. 30. & 31
De ſervitute proſpectus ad ca. 14. de ſer. urb. præd. fol. 31. & 32
De operis novi nunciatione. ad l. Qui viā. eod.
Nihil intereſt an ſit prædii urbani, an verò ruſtici ſervitus, ut eius nomine opus novum nunntietur. eodem
Quomodo nuntietur opus novum propter ſervitutem, ubi conciliātur multæ leges, quæ viden-

videntur contrariæ, 32. & 33
Explicatio horum verborum nihil agit, in d.l. Qui viam eod.
An pignori ſervitutes dari poßint 33. & 34
Explicatio l. 1. de ſerv. ruſt. eodem
Conciliatio l. ſi is qui. & l. Sed an viæ. de pignor. eodem
Explicata de uſufructu difficilis antinomia. l. ſi cuius, & l. uſufructuarius. de uſufruct. 35
De poſſeſsione cap. 6. fol. eod.
ORigo poſſeßionis. eod. & 36
Eius definitio & diviſio explicantur. 36. & 37
An ſequeſter poßideat 37
Explicatio ſequeſtri etymologiæ eodem
Vera conciliatio l. interesse. de acquir. poſſeſſ. & l. licet. depoſit. 38
Explicatio horum verborum, Id enim agitur ea depoſitione. in d.l. licet 39
Ad cap. 12. in §. Nihil commune. de acquir. poſ. eod.
Non denegatur ei interdictum uti poßidetis, qui prius actionem in rem à prætore impetravit 39. & 40
Quos bonæ fidei poſſeſſor fructus ſuos faciat ca. 7. fol. 40.
EXplicatio l. Qui ſcit. de uſur. & l. bonæ fidei emptor. de acquirer. do. atque earum conciliatio eod.
An bonæ fidei poſſeſſor, ſi rem poſtea alienā eſſe ſcierit, in mala fide conſtituatur, fructuſq; ſuos non faciat 41
Bonæ fidei poſſeſſor omnes fructus etiam naturales, ſuos facit. ubi explicatur §. Si quis à non

à non domino. de rer. diviſ. Inſt. 41
Explicatio l. fructus. de uſur. 41. & 42
De eo quod intereſt ad novam Iuſtiniani conſtitutionem C. de ſent. quæ pro eo quod intereſt proferuntur. Cap. 8. fol. 42.
ID quod intereſt, eſt extra rem, & eius æſtimationem, & quomodo illud intelligatur 43
In eius quod intereſt cōputationem venit ſimplum, ubi multæ leges explicantur 43
Eius quod intereſt definitio explicatur 44
Eius quod intereſt diviſio eod.
Refellitur eorum ſententia, qui intereſſe aliud propinquum, aliud remotum faciunt eodem
Explicatio §. Cum per venditorem. l. ſi ſterilis de act. empt 44 & 45
De quanti plurimi acceſſione eod.
Conciliatio d. §. Cum per vēdit. & l. ſi pœnam. l. liber homo. de verb. oblig. eod.
Iuſtinia. conſtitutionis enarratio 45. & 46
Quid ſit caſus certus vel incertus 46
Quid ſit certum eod.
Quid ſit quantitas. eod.
Quid ſit natura eod.
In caſibus certis id quod intereſt non excedit duplum 47
Quid ſit ſimplum eod.
De quibus contractibus intelligat Iuſtinianꝰ ſuam conſtitutionem eod.
An in nummis veniat id quod intereſt, ubi explicatur l. nummis 47. & 48
De in lit. iurand. eod.
In delictis locum non habere

habere Iuſtiniani conſtitutionem. fol. 48. probatur

Explicantur imperatoris verba de caſibus incertis, & quid ſit infinitum traditur eod. & 49

Ex hac Iuſtiniani conſtitutione prudẽtum reſponſa debent interpretationem accipere eodem

Conciliatio l. tenetur. §. ſed ſi vas. l. Iulianus. de act. emp. & l. ſed addes. locat eo.

Quæ actio eius quod intereſt nomine competat. 50

Enarratio l. frater á fratre. de cond. indeb. cap. 9. fol. 50.

Quomodo eorum qui in poteſtate ſunt obligatio ad dominos vel parentes iure Romano tranſeat eod.

Quæ inter fratres obligatio conſiſtat. 51

Interpretatio horũ verborum, Si non minus ex peculio ſuo ad fratrem perveniſ. 51. & 52

De diviſione fructuum inter coniuges ſolut. mat. cap. 10. eod.

Explicatio l. fructus. in §. Papinianus. Solut. matrimo. eo. & ſeq.

Fructus vindemiæ á meſſium mercede ſeparati erant 52. & 53

Quid ſit confundere. 53 & 54

Ad l. Centurio. de vulg. & pupilla. ſubſtit. cap. 11. fol. 54.

Quomodo teſtetur miles, & filiis ſuis impuberibus ſubſtituat, & an ultra pubertatem directò, an autem precario 55

Conciliatio d. l. Cẽturio. & l. precibus. C. de impub. & al. eodem

Interpretatio horũ verborum

borum veluti ex cauſa fideicom. in d. l. precibus. 56

De rei æſtimatione, & alijs acceſsionibus, quæ ex mora pendent. cap. 12. fol. 57.

IN omnibus iudicijs ſpectatur tẽpus de quo conuenerunt contrahentes. eod.

Interpretatio l. 3. Commodati, vbi explicatur quomodo in litem iuretur in bonæ fidei iudicijs. eod.

De ſtrictis iudicijs, an in ijs iuretur in litem, & qua ratione litis conteſtatæ tempus intelligatur. 58

Enarratio l. in hac. de condict. tritic. eod.

Quando in ſtrictis iudicijs tempus moræ ſpectetur, vbi explicatur l. hominem. mandat. 59

De periculo rei poſt moram extinctæ eod.

Detrimentum ſemper præſtat debitor eod.

Mortem verò interdum. eod.

Quid ſit fatum apud iurecõſultos. 59. & 60

Ad cap. 115. de verb. obl. cap. 13. fol. 60.

OMiſsio diei vel quantitatis errore facta ſtipulationem vitiat ratio vera ſubijcitur alijs confutatis eod.

Vera et ex Papiniani mẽte tradita enarratio § item ſi quis ſtipuletur. in d. cap. 115. de verb. oblig. 61

Huius interpretationis concluſio breui regula comprehenſa. 62

De militijs. cap. 14. fol. 63.

VNde dicantur milites, quid ſit propriè militia, & quomodo ea latiùs accip. eod.

Quomodo iureconſulti militiam accipiant. 63. & 64

Militia duplex eſt { armata 64 / inermis }

Armata, { officialis, eod. / non officialis }

Idem omnino non eſt officium & militia eod.

Non officialis militia etiã cohortalis dicitur, & quid ea ſit vbi quædam imperatorum reſcripta explicantur. 65

Inermis militia quædam competit { propter aliquam negociationem, vel profeßionem / Præter negotiationem vel profeßionem } 66

Negotiatores à quibus militijs excludantur 67

Qui ſint prouinciales militiæ, vbi explicatur l. 12. de cohortal. C. eod.

Concilia. l. vnic. lib. 12. C. negotiato. ne milit. & l. ult. C. de pignoribus. eod. & 68

Militia quædã { vendi, ad hæredéſq; tranſmitti poteſt. / Alienari, & in hæredes tranſire nequit. eod. / Eſt ex caſu eod. }

Quæ ſit militia quæ ad hæredes tranſit 68. & 69

Huius milit. alienand. ratio eod.

Conciliatio l. 52. de actio. empt. & noue. 53. 70

Salarium an præſtetur aliunde quam ex publico eod. & 71

Quæ milit. alien. non poſſunt 72

Enarratio nove. 53. eod.

Quæ ſit milit. ex caſu 73

Explicatio horum verborum caſu facto, in novell. 97. 74

Quid inter militias ex caſu & alias interſit. eod.

Ad

Ad l. Gallus. de liberis & poſthumis.c.15.fol.75.

Aus Galli eod.
Antiqua lex 12.tabul. latiſsimè patet 76
Ea quorumcunq; poſthumorum, etiam alienorum permiſſa erat inſtitut. eod.
Interpretatio §. poſthumus de legat. lib. 2. inſtit. eiúſq; conciliatio cum ali.§. ſub titu. de bono. poſ. eod.
Iure civili illa teſtandi poteſtas coanguſtata eſt, & quid ſit ius civile eo. & 77
Quare poſthumorum alienorum prohibita fuerit inſtitutio eod.
Poſthumorum alij ſunt ſui, alij verò alieni 78
Conſilium Galli 79
Cautio Aquiliana, ius novum non induxit eod.
Enarratio l.penult.de leg. 1. eod. & 80
De lege Vellea 81
Explicatio principij huius legis eod.
Debet in hac formula, filij inſtitutio præcedere eo.
Enarratio §.1. 82
Non eſt ſpectandum quid formulæ verbis cõtineatur, ſed quis eius fuerit finis atq; ſcopus eod.
Interpretatio §. idem credendum eod. & ſeq.
Breuis & clara diſtinctio, an præteritione filij nati, vel poſthumi, teſtamentum omnino nullum ſit, rumpatúrve necne. vbi multæ leges explicantur, atque ſibiipſis conciliantur 83 & 84
Interpretatio §. quid ſi aquæ 85
Interpret. §. Quid ſi is. 86
Ordo interpretationis Scævolæ eod.
Explicatio verſ. Et melius eſt 87
Lex quidẽ interpretatione producitur, non autẽ teſtatoris prouiſio, niſi ex coniecturis 88

Digitized by Google

Interpretatio §. Si eius qui filium eod.
Enarratio §. Forſitan addubitet quis. eod & 89
Diligens obſeruatio, quomodo cuiuſq; ratione nepos & avus dicatur. eo.
Explicatio verſ. Ergo & ſic. 90
Interpretatio §. in omnibus eod.
Explicatio duorum legis Velleæ capitum 91
Enarratio §. Ille caſus in difficili eſt 92
Explicatio cuiuſdam capitis 12. Tabul. de ritu nuptiarum, c.16. eod.
VEtus mos dandarum nuptui filiarumfam. 93
Quid ſit vſurpare eod.
Explicatus Gellij locus eo.
Conciliatio l.1.C.de promiſ. dot. & l.cum poſt. §. Gener. de iur. dot. c.17. fol. 94.
EXploſis aliorum ſententijs, vera traditur conciliatio 95
Ad §. Si in iudicio. l. Ex diuerſo. ſolu. matrim. cap. 18. fol. 95. & 96.
COnciliatio d. §. Si in iudicio. & l. 2. C. quãdo prouoc. non eſt neceſſe eod.
An ex pacto nudo naſcatur naturalis obligatio. cap. 19. fol. 96.
QVomodo pacta nuda ſeruet Prætor 97
Vnde veniat naturalis obligatio 98
Non ex nudo pacto, ſed magis ex æqualitate naſcitur naturalis obligatio eod.
Explicatio §. is natura. l. Cum amplius. de regul. iur. fol. 99
An pupillus naturaliter obligetur fol. 100
Remuneratio, naturalis eſt obligatio fol. eod.
Conciliatio l. rem alienã. de pign. actio. & l. Si Titio. de pignoribus. c.20. fo.100.
REfelluntur traditæ ab alijs diſſolutiones: tum vera ſubijcitur conciliatio fol eod. & 101
Variarũ iuris antinomiarũ diſſolutiones. c. 21. fo.102.

Conci-

Conciliatio l.per ſeruū. de vſu & habitat. l. hac ſtipulatione: vſufr. quemad.caue fo.eo.
Concilia. l. Si cuius rei. & l.vſufructuarius. de vſuf. fol.103
Concilia l.præſcript.de vſucap.& l. ſi quiſquam. de diuerſ. tempor. &c. fol.eod. & 104
Res iure gentium publica, eodem iure poſsidetur, retinetúrq́, quo acquiritur occupatúrve fol. 104
Conciliat. l. Qui duos. §. Cum bello. de reb. dub. & l. ex facto §. Si quis autem. ad S.C. Trebell. fol.eod.
Concilia.l. Quinquaginta. de probat.& l.planè.§. ſed ſi non corpus. de legat. 1. fol.105
Conciliat. l. Si vnus. de pact. & l. Si duo. de recep.arb. fol.eod.
Concilia. §.ſed ſciendum. Qui teſtam.tuto.& l.Etſi non adſcripta. C.de fideic. liber. fol. 106
Concil. l.4.§.Cato de ver. oblig.& l.5.§.vlt.& l. in executione §.item ſi eo.& l.heredes.§.item iuris eſt. famil. erciſc. fol.107
Ex ea conciliatione colligitur regula fol.eod.
Conciliat.§ Theſauros. de rer.diuiſ. inſtitu.& l.3. de iur.fiſci.fo.eo.& 208
Conciliat.l.1.de verb.obl. & l. ea quæ. de donat. inter vir. & vxor. fol. 108
Conciliat.l. 1. de legat. 2. & l.Senatus. de legat. 1.& l.nunquā.de condit. & demonſt. eod. & 109
Conciliat. l. Si quis. & l. Qui Romæ. de ver. obl. & §. ex conditionali. inſtit.eod.tit. fol 110
LIBRO SECVNDO. fol.111

Digitized by Google

Diſſolvendarũ antinomiarum quæ in iuris authorum libris inveniuntur, ratio. cap. pri. eod.

ANtinomiarum, quæ in pandec. inveniri poſſunt, ratio. eod. & 112

Explicatio cap. 28. de legib. 113

Præceptum Iuſtiniani quo facilè leges quæ videtur contrariæ cõciliari poſſunt 114

Concilia. c. 18. ſi cert. pet. & 36. de acq. re. domi. ca. 2. 114.

COnfutatis Franc. Aretini aliorumq́; ſolutionibus, vera ſubijcitur eod. & 115

Conciliatio cap. 24. ad leg. Falc. & c. 22. ad S.C. Trebel. cap. 3. fol. 116.

AN partus ſit in fructu. eod.

Correcta lectio d. cap. 22. 117

Antiquæ diſſenſionis inter Brutum & Scævolam nulla extant in digeſt. veſtigia 116

Enarratio obſcuriſsimæ Diocle. & Maxim. Imp. conſtitutionis, cuius caput eſt Filius quem, ſub tit. fami. erciſcund. Eiuſq; cum alijs quibuſdam iuris Romani locis conciliatio. cap. 4. fol. 117.

VErus d. conſtitut. ſenſus fol. 118. & 119

Conciliatio eius conſtitut. & l. in quartam. ad l. falc. eod.

Interpretatio d. l. in quartam. eod. & 120

Conciliatio illius conſtit. & l. Titia. ad leg. falc. fol. 120. & 121

Species & interpretatio, d. l. Titia. eod.

Differentia inter quartam Trebell. & eam quæ ex lege falc debetur: eiúſq; differentiæ ratio eod.

Quæ legata in falcidiam imputentur 122

Conciliatio d. l. Titia. & l. Marcellus. l. in fideic. ad ad leg. falc. l. cum virũ. C. de fideicom. eod.

Concilia. c. 3. & 8. de acq. vel amitten. poſſ. c. 5. fo. 123.

An in amittenda poſſeßione ſolus animus ſufficiat. eod. & ſeq.

Relata Æmilij Ferretti ſolutione, vera traditur 124

Conciliatio Decij Imp. cōſtitutionis, cuius caput eſt Donatarum. ſub titu. C. de acq. & retin. poſſ. cum cap. 1. digeſt. eodem titu. cap. 6. fol. 125.

AN *infans pupillus acquirere poſſeſ. poßit. eo.*

Concilia. c. 7. de pact. & 5. in §. Quod ſi faciam. de præſcr. verb. c. 8. fol. 126.

C*onciliatio d. cap. 7. & 5. in § ſed ſi dedi* 127

Referuntur Duareni & Baronis ſolutiones 127

An ex contractu facio vt des præſcriptis verbis actio detur. 129

Refelluntur omnes omnium interpretum diſſolutiones eod. & ſeq.

Cum actione præſcriptis verbis, actio de dolo non concurrit 130

DE *cōtractibus innominatis brevis diſputatio* 131. *& ſeq.*

Quid ſit συνάλλαγμα 131

Interpretatio l. Labeo. de verb. ſignific. 132

Explicatio d. §. quod ſi faciam 133

Interpret. verbi ceſſas *eo.*

De pactis in rem & in perſonam diſſolutæ quædam antinomiæ. c. 8. fo. 133. & ſeq.

Q*uæ ſint pacta in rem, quæ in perſonam* 134

Concilia. l. ſi tibi. de pact. & l. ſi poſt. de conſt. pecunia eod.

Differentia inter pactum & conſtitutam pecuniam eod. & ſeq.

Enarratio l. ſi actionem. C. de pact. 135. *& ſeq.*

Conciliatio l. ſi vnus. verſ. eadem. de pact. & l. fin. 136

Conciliatio cap. 7. de pact. & 40. ſi cert. peta. cap. 9. fol. 138.

Digitized by Google

QVæ pacta contractibus inſint, & in ingreſſu contractus fieri dicantur eod.

Quomodo bonæ fidei iudicijs inſint pacta. eod. & 139

Quæ ſit forma, quam illis iudicijs dant pacta. eod.

An idem ſit in ſtrictis quod in bonæ fidei iudicijs dicendum 140. & 141

Enarratio l. lecta. ſi cer. pe. eod.

Nihil intereſt inter formare & reformare contractum 141

Interpretatio §. adeo. in fin. l. iuriſgentium. de pact. 142

De teſtamentis. c. 10. fo. 143.

QVid ſit teſtamentũ. eo.

In annulo tantum ſignatorio teſtamentum ſignari poßit eod.

Diſſolutæ de adhiben. in teſtamen. teſti. controverſ. 144

Qui teſtamẽti factionẽ habere dicãtur eo. & 145

Quare mulier in teſtamẽto adhiberi teſtis nequeat eod.

An oporteat ſeruum mortis etiam tempore pro libero haberi eod.

Qui ſint domeſtici teſtes 146

Diuerſitatis inter legatarium & ſcriptum hæredem ratio eod.

An in teſtamento poßit interuenire cõtractus 147

An ad aliũ curſum producatur interpretatione teſtatoris voluntas. c. 11. 148.

COncilia. l. commodiſſ. de liber. & poſth. & l. vlt. C. de poſth. hæred. eod. & 149

Enarratio cap. 3. qui teſt. facere poſſunt, c. 12. fo. 150.

RAtio propter quam ſiliusfa. donare quidem ex conſenſu patris, non autẽ teſtari poteſt. 151

De ſubſtitutionibus. cap. 13. fol. eod.

QVid ſit ſubſtituere, & ſubſtitutio 152

Subſtitutionis diuiſio eod.

De

De vul. ſubſt. ad cap. 1. digeſt. de vulg. & pupil. ſubſt. 153
Quid ſimplex quidq́ʒ duplex ſubſtitutio eod.
Quando expiret vul. ſubſt. eod.
De pupil. ſubſ. ad c. 2. 154
Explic. l. ſi mater. eod. tit. fol eod. & 155
An ordo ſcripturæ obſeruari debeat 156
De ſubſti. tacita, expreſſa, reciproca & non reciproca. ad c. 4. eo. & ſeq.
Quando tacita ſubſtitutio ſubintelligatur 157
Explicatio l. ſin. C. de inſtit. & ſubſtit. 158
Enarratio d. cap. 4. eod. & ſeq.
An reciproca ſubſtitutio ſit diſtincta ab alijs ſpecies 159
Quare ſubſtitutio dicatur verbum commune eod.
Quando pupil. ſubſt. expirat, & quid ſit illa quæ compendioſa dicitur, ad cap. 7. eod.
Differentia inter ſubſtitutionem pupillarem & vulgarem in ea ſpecie, in qua quis cum adiſſet, poſtea reſtitutus eſt 160
Quæ ſint verba ciuilia eo.
Quid ſit propriè compendioſa ſubſtitutio, ſi modò ea ita dici debeat eod.
De quaſi pupillari ſubſtit. 161

Quis coniunctorum in iure accreſcendi præferatur. c. 14. fol. 161.

Qui ſint coniuncti 162
Quotuplices eod. & ſeq.
Re & verbis coniunctus, re tantùm coniuncto præfertur: hic autem cum verbis coniuncto concurrit: & ratio diuerſitatis ſubijcitur eod. & ſeq.
Re & verbis coniunctus præfertur cæteris. Re autem coniunctus, verbis coniuncto potior eſt.

 vbi

vbi explicatur l. re coniuncti. de lega. 3. 163

Concilia. d. l. Re coniuncti. & l. ſi ita quis. de hæred. inſtit. eod.

Explicatio l. vnic. §. Sin autem ex his. C. de caduc. toll. 164

Verbis coniuncti, aliorum ratione diſiuncti ſunt. eo.

Explicato §. Quibus l. huiuſmo. legatum. de leg. 1. 165

Coniuncti verbis tantum, nullo modo re coniuncti dici poſſunt eod.

Conciliatio duorum capitū ſub titu. de condict. indeb. cap. 15. fol. eod.

COnciliatio l. repetitio. & l. ſi pœnæ. de condic. indeb. eod. & ſeq.

Conciliatio cap. 7. titu. Solut. matrim. cum noua Iuſtiniani conſtitutione, ti. de rei uxoriæ act. &c. cap. 16. fol. 167.

NIhil intereſt inter cōpenſationem & retētionem eod. & 168

Reiectis aliorum interpretum diſſolutionibus vera ſubijcitur 168

LIBRO TERTIO. 170

Actionis definitio & diviſio. Cap. primum. fol. eod.

QVa ſignificatione actio ius dicatur eod.

Quid ſit ius applicationis 171

Quid ſit perſequi & perſequutio eod.

Quid ſit iudiciū, eo. & ſeq.

Verbum debendi omnibus actionibus convenit 172

An in definitione actionis, id quod debetur in diem aut ſub conditione, comprehendatur eod.

Actionū diviſio. eod. & ſeq.

Interpretatio horum verborum, & alijs quibuſdam modis, *in ti. Inſtit. de actio.* 173

In rem actio, vindicatio appellatur 174

Ad

Digitized by Google

INDEX.

Ad verſic. Nam in his. de actione, cap. 2. fol. 174.

QVare negatiua actio, pro re corporali non detur eod.

Emendatio textus d. verſi. 175

Ad verſ. ſanè vno caſu eo. & ſeq.

Confutatis aliorũ ſententijs, vera illius interpretatio ſubijcitur 176

Negativa lectio explicatur eod.

Sed etiam ſi vulgaris probetur lectio, alia tamen explicatio traditur, eáque verior cæteris 177

De bonæ fidei & ſtrictis actionibus. cap. 3. fo. 178.

MOs prætorum eod.

De clauſula, ex bona fide 179

Quid ſit bona fides 180

Vna eſt bonæ fidei ſignificatio, eademq; in iudicijs atque contractibus eod.

Quæ ſint bonæ fidei iudicia eod. & ſeq.

Bonæ fidei appellatio, eſt qualitas quædam quæ non novam actionũ formam & ſummis duebus generibus oppoſitã conſtituit 181

Quæ ſit ſtricta iudicia eod. & ſeq.

Qua ratione illa tantùm iudicia bonæ fidei ſint eod.

Non directa tantùm, ſed quædam etiam contraria bonæ fidei ſunt 183

De arbitratijs actionibus. cap. 4. fol. 183.

ACtio de eo quod certo loco &c. eod. & 184

Differentia actionis arbitrariæ & bonæ fidei 184

Vnde dicatur arbitraria actio eod.

Quid ſit arbitrium eod.

An noxalis actio ſit arbitraria 185

De actione oneris averſi, & quid ſit averſione vendere aut locare. c. 5. fo. 186.

REfutatis Alciati, Taurelli et aliorũ ſentẽtijs quid

Digitized by Google

quid ſit averſione vēdere aut locare, eleganter traditur. eod. & 187
Quid ſit actio oneris auerſi 188
An ſola in ius vocatione interrumpitur vſucapio. Cap. 6. fol. 189.
DE *duobus interruptionis generibus, quæ excogitarunt interpretes.* eod.
Per litis conteſtationem, & multo minus per ſolam in ius vocationem, libelli ve oblationem, non interrumpitur vſucapio 190
Quare præſtabatur à Reo poſſeſſore cautio eod. & 191
Refellitur vulgaris Dd. ſententia 192
Enarratio duarum Iuſtiniani conſtitutionū ſub titu. de anna. excep. Ital. cont. tol. eod.
De actionum concurſu. ca. 7. fol. 193.
N*Otata interpretū ſententia de actionum cumulatione* eod.
De actione præſcriptis verbis eod. & 194
Cum actione præſcriptis verbis non concurrit actio de dolo 195. eod.
Quando datur actio de dolo eod. & ſeq.
De in litem iurando. cap. 8. fol. 196.
Q*Vando, quam ob cauſam, quibus in iudiciis defertur iuramentum in litem eod. &* 197
Vt in litem iuramentum deferatur, ſatis eſt dolum vel contumaciam interveniſſe 197
Differētia inter ſtricta & bonæ fidei iudicia eod.
Ad l. Quod Nerua. Depoſit. cap. 9. fol. 197.
Q*Vid ſit culpa 197. & ſeq.*
Culpæ diuiſio 198
Quid ſit lata culpa eod.
Explicatio d. l. Quod Nerva eod.
Quid ſit levis culpa 199

Quid

Quid ſit leviſſima eod.

De mora. cap. 10. fol. 199.

Explicatio l. Mora fieri de vſur. eod.

Moræ deſinitio eod.

Quomodo fiat mora eod. & 200

Ex interpellatione venit mora eod.

An is, qui ad diem certam obligatus eſt, ſolo diei lapſu in moram incidat 202

Enarratio l. Traiectitiæ. de oblig. & act. eod.

Epitome tit. Digeſt. de contrah. emptio. & vend. cap. 11. fol. 203.

Quatuor ſunt præcipui huius tituli loci, qui ordine explicantur, eod. & ſeq.

Quàm antiqua ſit emptionis origo 204

De permutatione eod.

Differentia emptionis & permutationis eod.

Emptio formam accepit à iure ciuili eod.

Secundus locus de ſubſtantia & forma emptionis 205

Solus cõſenſus perficit emptionem eod.

Diſſolutæ obiter quædam antinomiæ eod.

De precio, & re 206

An poſſit in arbitriũ conferri emptio eod.

Tertius locus de pactis conventis 207

Cui noceat obſcuritas vel ambiguitas pacti. ubi quædam diſſolvuntur antinomiæ. eo. & 208

De lege commiſſoria, & in diem addictione 208

Quartus & poſtremus locus de perſonis & rebus 209

An tutor rem pupilli emere poſſit eod.

An rei hominum commercio exemptæ valeat emptio eod. & ſeq.

Rei alienæ diſtractio valet 211

Rei ſuæ emptio non valet 210. & ſeq.

An

An ſpes emi poßit 211
Synopſis tituli de actionibus empti & venditi. cap. 12. fol. 211.
QVid in actionem empti veniat eod.
Quomodo res tradi debeat 212
De cauſa bonorum eod. & ſeq.
An interſit inter emptionem & ſtipulationem 213
Concilia. l. 3. de act. empt. & l. ſi ſtipulatus ſis. de vſur. eod.
Conciliatio l. Si ſterilis. l. Iulianus. de act. emp. l. Tenetur. eo. tit. & l. ſed addes. locat. 214
Differētia æſtimatorij iudicij, et actionis ex empto eod. & 215
De quanti plurimi acceſſione 215
De evictione 216
Quid in actionem venditi veniat eod. & ſeq.
Ad l. 2. in §. mutui datio. ſi cer. pet. c. 13. fo. 217.
REllatis aliorum opinionibus, quid functio ſignificet explicatur 218
Natura mutui 219
Conciliatio Vlpiani & Africani reſponſorum. ca. 14. fol. 219.
ENarratio & conciliat. l. Singularia. Si cert. pet. & l. qui negotia. mandat. eod. & ſeq.
Ad l. certi iuris. C. locati. cap. 15. 221.
DE invectis illatis in prædiū, an inter vrbanum & ruſticum interſit, & quæ ſit diverſitatis ratio 222
De ſpeciali conventione, voluntate & ſcientia domini eod.
Quid prædij appellatione veniat 223
Ad l. Quinque pedum. C. finium regundorum. cap. 16. fol. 223.
QVid 12. tab. lege ſtatutum ſit eod.
Quid poſtea lex Manilia ſanxerit eod.

Conſtan-

Conſtātini reſcriptū 224
Relatis Alciati & Balduini opinionibus, vera huius cōſtitutionis interpretatio ſubijcitur eod.
Quid præſcriptio ſignificet eod.

An in uſucapionibus à momento ad momentum, an verò totus noviſsimus dies numeretur. c. 17. fo. 225.

COnciliatio l. in vſucapionibus, & ſeq. de vſucap. & l. In vſucapione, de diuerſ. temp. præſcript. eod.

De criminali & civili iudicio. cap. 18. fol. 226.

QVid civile, quidq́; criminale ſit iudicium 227
Iudiciorum criminalium diviſio eod.
Quæ ſint priuata, quæ publica iudicia eod.
Vnde dicta ſint publica iudicia eod.
Quid interſit inter populares actiones & publica iudicia 228
Quare adiecta ſit apud Iuſtinianum dictio plerunq; eod.
Diviſio publicorum iudiciorum in capitalia, & non capitalia iudicia 229
Quæ ſint capitalia, quæ non capitalia iudicia eod.
Civilium iudiciorum diviſio eod.

FINIS.

Digitized by Google

Digitized by Google